





PARTE SECONDA





PARTE SPECIALE

LIBRO II.

Diritti di famiglia.

CAPITOLO I.

DEL MATRIMONIO

§. 104.

I. Del matrimonio in generale.

T. Inst. de nuptiis (1. 10.).—D. de ritu nuptiarum (23. 2.);—de divortiis et repudiis (24. 2.);—Cod. de nuptiis (5. 4.);—de incestis et inutilibus nuptiis (5. 5.);—de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum (5. 6.);—si quacunq[ue] praeditus potestate vel ad eum pertinentes ad suppositorum iurisdictioni suae adspirare tentaverint nuptias (5. 7.);—si nuptiae ex rescripto petantur (5. 8.);—de repudiis et indicio de moribus sublato (5. 17.).

Il matrimonio è la indissolubile unione sessuale dell' uomo e della donna per vivere la più perfetta vita comune (a).

1) Il matrimonio dei Romani secondo questa definizione è il risultato dell'antico matrimonio civile temperato dalle forme più libere del diritto delle genti; difatti non è una relazione meramente materiale e civile in quanto che riceve la legittimità da un modo di celebrazione determinato nelle leggi e fatto tra determinate persone; ma è una relazione naturale morale e civile, poichè contiene il fondamento naturale della unione sessuale, un elemento morale, avendo il carattere del matrimonio natu-

(a) *Mod. L. 1. de ritu nupt.* Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.—§. Inst. de patr. potest. (1. 9.): Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens.

rale del diritto delle genti, e finalmente il principio civile delle *iustae nuptiae*, principio tutto proprio dell' antico diritto (b).

E di vero le antiche forme di matrimonio decretate solamente valide nell' antico diritto, cioè la *confarreatio*, la *coemptio* e l' *usus* sparirono, e fu ammesso, che il consenso di unirsi con l'intenzione di contrarre matrimonio, ossia il *consortium omnis vitae*, fosse sufficiente a concludere il matrimonio che avesse gli effetti delle giuste nozze; così alle antiche forme mentovate venne surrogata la intenzione di procreare legittimi figli (*liberorum quaerendorum causa*), il consenso, o, come dicono le leggi, l'*affectio maritalis*. Questo indicano le *iustae nuptiae* di Giustiniano.

2) Quel congiungimento, che non risponde a questo concetto, non è matrimonio; al più può essere un' unione di fatto, a cui non susseguono le medesime conseguenze che dal matrimonio discendono.

La semplice unione senza l'*affectio maritalis* era detta propriamente concubinato, ed avea comune col matrimonio il semplice fatto e non la sanzione civile; esso è quindi un' unione che dipende totalmente dalla volontà degli uniti, sicchè si scioglie secondo il loro arbitrio. Ma quantunque il concubinato nulla avesse in sè di giuridico, produceva qualche conseguenza ed ebbe dalla legge Giulia e Papia un certo carattere civile (c). In effetto sebbene i figliuoli procreati nel concubinato son figli naturali e per conseguenza non si conosce a loro riguardo il padre; pure in certe circostanze essi hanno il padre, e di fatti è data in loro favore la legittimazione; possono avere per diritto imperiale gli alimenti anche dai figliuoli legittimi del loro padre, ed un limitato diritto di successione.

3) Dal matrimonio e dal concubinato si distingue ancora il *contubernium*, il quale è un' unione puramente sessuale degli schiavi, ovvero di una schiava e d' un uomo libero. Questa relazione affatto naturale, nello stretto significato della parola, avea una certa importanza giuridica, giacchè erano riconosciute le relazioni di padre a figlio.

(b) Vedi Appendice VII, Storia del matrimonio alla fine del Capitolo primo.

(c) L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. L. 4. de concub. (25. 7.). *Marcian.* Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur, nam quia concubinatus per leges nomen assumsit, extra leges poenam est, ut et Marcellus libro septimo Digestorum scripsit. — L. 34. pr. ad Leg. Iuliam adult. (48. 8.). — L. 11. §. 2. de divortiiis (24. 2.). — L. 121. §. 1. de V. O. (45. 1.).

§. 105.

II. Degli sponsali.

T. D. de sponsalibus (23. 1):—T. C. de sponsalibus et arrhis (3. 1): — Si rector provinciae (3. 2): — de sponsalitiis (3. 3).

Intendiamo per sponsali la solenne promessa di futuro matrimonio fatta vicendevolmente dall' uomo e dalla donna. Perchè fossero validamente celebrati, non è come nell'antico diritto necessaria la stipulazione, ma è sufficiente il mutuo consenso. Tutti coloro, i quali hanno facoltà di conchiudere il matrimonio, hanno ancora diritto agli sponsali; e però gl' impedimenti dell' atto definitivo di matrimonio valgono anche per gli sponsali, tranne gl' impedimenti transitorii; ma tra il tutore e la pupilla, quantunque vi sia solamente un impedimento transitorio, gli sponsali non possono aver luogo (a). È poi indispensabile il consentimento del padre sempre che questo è richiesto per la celebrazione del matrimonio; quelli che sono ancora sotto la patria potestà non possono contrarre validi sponsali senza il consenso di coloro alla potestà de' quali sono sottoposti; anzi colui che esercita siffatta potestà può celebrare gli sponsali pe' suoi soggetti (b).

1) Gli sponsali hanno nel diritto romano un carattere puramente morale; essi non danno azione di sorta alcuna per insistere alla celebrazione del matrimonio. Sola punizione è l'infamia per colui che contrae due sponsali, o semplicemente gli sponsali mentre è legato in matrimonio. Un altro importante effetto pel diritto è che gli sponsali sono il fondamento del futuro matrimonio, poichè fanno testimonianza dell' *affectio maritalis* ch'è requisito essenziale per l' esistenza del matrimonio. La scienza ha voluto sempre più dare un carattere giuridico agli sponsali considerando come moglie la sposa, e come matrimonio gli sponsali; così la legge Cornelia *de parricidiis* ha considerato l'omicidio avvenuto tra sposo e sposa come tra marito e moglie: come ancora è comune opinione di considerare i figliuoli

(a) L. 1-6. 13. h. t. *Florent.* L. 1. Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. — L. 2. eod. *Ulp.* Sponsalia antem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras. — L. 4. pr. eod. *Idem.* Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. — L. 13. *Modest.* Tutor factam pupillam suam nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adiungere potest; scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere.

(b) L. 7. §. 1. eod. *Paul.* In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur; intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit. — L. 10. 11. eod.

nati in questa relazione come nati di un legittimo matrimonio e per conseguenza come figli legittimi.

Al difetto di mezzi costrettivi per obbligare alla celebrazione del matrimonio colui che si era obbligato per mezzo degli sponsali, si supplì con la introduzione dell' *arrha sponsalitia*, specie di pena per colui che non voleva adempire agli obblighi contratti. Essa veniva immediatamente restituita appena celebrato il matrimonio; ma se questo non veniva a fine, bisognava badare: se ciò avveniva per colpa di chi la diede, non si poteva da lui domandare; se per colpa di colui che la riceveva, questi doveva semplicemente restituirla se minorenne, ma qualora fosse maggiorenne doveva a quella aggiungere una somma eguale (c).

2) In caso che fosse intervenuta una donazione da parte a parte, non seguendo il matrimonio, la donazione doveva esser restituita, perchè quando si faceva, era sottintesa la condizione: se il matrimonio si effettuerà. Se questo non viene ad effetto per colpa dello sposo, la donazione non può esser rievocata; se per morte di lui, allora bisogna vedere: se le cose furono donate *osculo interveniente* o no; nel primo caso la donazione non può esser rievocata che per metà, nel secondo sarà nulla e quindi le cose donate dovranno esser restituite agli eredi (d).

§. 106.

III. Degli impedimenti matrimoniali.

La facoltà di contrarre un valido matrimonio detta dai romani *connubium*, poteva mancare ad alcune persone o assolutamente o relativamente.

1) Manca il *connubium* assolutamente:

a) ai castrati per la impossibilità naturale di ottenerne lo scopo (a);

(c) L. 3. C. h. t. (3. 1.).

(d) L. 13. 16. C. de donat. ante nupt. (3. 3.). *Const.* Si a sponso rebus sponsae donatis, interveniente osculo, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint, et quocunque iure successerint, ut donatio stare pro parte media, et solvi pro parte media videatur; osculo vero non interveniente, sive sponso sive sponsa obierit, totam infirmari donationem, et donatori sponso vel heredibus eius restitui. Quod si sponsa, interveniente vel non interveniente osculo, donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc vel illam mori, contigerit, omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam, sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur.

(a) T. C. de eunuchis (4. 42.). — L. 39. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). *Ulp.* Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, necne, et in castrato dicas dotem non esse, in eo, qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est.

- b) agl' impuberi per difetto di età (b);
- c) ai furiosi e mentecatti per mancanza di ragione;
- d) a coloro che fanno voto di castità (c);
- e) pel vincolo matrimoniale a coloro che sono già congiunti con altra persona (d);

f) alla vedova prima che termini l'anno del lutto; ed alla ripudiata per adulterio, che non può rimaritarsi mentre vive il marito (e).

2) Manca il connubio relativamente :

a) per parentela naturale tra fratelli e sorelle, e tra quelle persone fra cui v'è un *respectus parentelae* (f);

b) per parentela civile tra il padre adottivo e la figlia adottiva anche terminato il legame di adozione; così pure tra il padre adottivo e la vedova del figlio adottivo, e tra questo e la vedova del primo (g). Parimente è vietato il connubio tra il figlio adottivo e gli ascendenti e discendenti del padre adottivo, ma questo divieto è circoscritto alla durata dell'adozione (h);

c) per affinità tra le persone in linea retta e collaterale (i);

d) finalmente per la tutela tra il tutore e la pupilla, ovvero tra questa ed i figli del tutore o curatore: eccetto quando sono stati dati i conti o è trascorso il tempo della restituzione in intero (k).

(b) Pr. Inst. de nupt. (1. 10.). *Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberis, feminae autem viripotentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias, et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt.*

(c) L. 45. C. de episc. et cler. (1. 3.). — Nov. 5. c. 8. — Nov. 6. c. 1. §. 7.

(d) L. 2. C. de incest. et inut. nupt. (5. 5.). — Ved. §. 24. not. (x).

(e) L. 1. 11. §. 1. de his qui not. inf. (3. 2.). — Ved. §. 24. not. (z) — L. 26. de R.N. (23. 2.). *Modest.* Reas adulterii factas nec ante damnationem vivente marito uxores duci posse. — L. 29. §. 1. ad leg. Iul. adult. (48. 5.).

(f) §. 1. 2. 3. 4. Inst. de nuptiis (1. 10.). — L. 17. §. 2. *Gai.* Amitam quoque et materam, item magnam quoque amitam, et materteram magnam prohibetur uxorem ducere, quavis magna amita et matertera quarto gradu sunt. — L. 53. de rit. nupt. (23. 2.). *Gai.* Nuptiae consistere non possunt inter eas personas, quae in numero parentum liberorumve sunt, sive proximi, sive ulterioris gradus sint, usque ad infinitum.

(g) §. 1. Inst. de nuptiis (1. 10.). — L. 14. pr. §. 1. de ritu nupt. (23. 2.). *Paul.* Item si quis filium adoptaverit, uxorem eiusdem, quae nurus loco est, ne quidem post emancipationem filii ducere poterit, quoniam aliquando nurus ei fuit.

(h) §. 2. Inst. eod. — L. 17. eod. *Gai.* Per adoptionem quaesita fraternitas eoque impedit nuptias, donec manet adoptio; ideoque eam, quam pater meus adoptavit, et emancipavit, potero uxorem ducere; acque et si me emancipato illam in potestate retinuerit, poterimus iungi matrimonio. — L. 53. §. 1. eod. — Ved. anc. §. 9. Inst. de nupt. (1. 10.). — L. 15. de R.N. (23. 2.).

(i) L. 5. C. de incest. et inut. nupt. (5. 5.). *Valent. Theod. et Arcad.* Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus coniungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocunque modo coniugio. — L. 8. 9. eod.

(k) L. 36. 59. 60. §. 8. L. 62. §. 2. L. 64. §. 1. L. 66. 67. pr. de rit. nupt. (23. 2.). *Tryph.*

e) è vietato il matrimonio tra Ebrei e Cristiani (l);

f) per delitto è impedito il matrimonio tra l'adultero e l'adultera, tra il rapitore e la rapita (m);

g) un impiegato civile non poteva contrarre matrimonio con una donna della provincia in cui esercitava il suo ufficio: salvo se prima di divenire impiegato dello Stato avesse con quella celebrato gli sponsali (n);

h) finalmente pel sacramento del battesimo era proibito il matrimonio tra il padrino e la figlioccia (o).

§. 107.

IV. Delle conseguenze del matrimonio in riguardo alle persone.

Il matrimonio, che nel novissimo diritto si contrae col semplice consenso, apporta i seguenti effetti riguardo alle persone. La moglie prende lo stato ed il domicilio del marito, ritenendolo anche dopo la morte di lui finchè non passa a seconde nozze (a). Ella deve continuamente seguire il marito, e però questi ha contro colui, che impedisce alla moglie di compiere questo dovere, l'interdetto *de uxore exhibenda ac ducenda* (b). Il marito è sempre il protettore della moglie, e nel processo si considera sempre come il procuratore di lei (c); egli ha diritto d'intentare in nome proprio l'*actio iniuriarum*, per le ingiurie fatte alla moglie (d). La unione intima che scende dal matrimonio esclude l'azione penale ed infamante tra

Non solum vivo tutore, sed et post mortem eius filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam, cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit. Nec puto interesse, extiterit ei heres filius an abstinuerit paterna hereditate, an nec heres fuit, forte exheredatus, aut praeteritis emancipatus; nam et fieri potest, ut per fraudem in eum collocata bona patris propter tutelam revocari oporteat. — T. C. de Interd. matr. (5. 6.).

(l) L. 6. C. de iud. (1. 9.). — Ved. §. 21. not. (c).

(m) L. 11. §. 11. ad L. iul. adnl. (48. 3.).

(n) L. 38. pr. §. 1. L. 57. pr. 63. 65. de rit. nupt. (23. 2.). *Paul.* Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriendam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibetur; ita scilicet, ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arrhis tantummodo redditus, quas acceperat. §. 1. Veterem sponsam la provincia, quam quis administrat, uxorem ducere potest, et dos data non fit caduca.

(o) L. 26. in fin. C. de nuptiis (5. 4.).

(a) L. 13. C. de dignit. (12. 1.). — L. 22. §. 1. — L. 38. §. 3. ad municip. (50. 1.) — ved. §. 22. not. (f).

(b) L. 2. de lib. exhib. (43. 30.). *Hermog.* Imo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur — L. 11. C. de nupt. (5. 4.).

(c) L. 21. C. de procurat. (2. 13.).

(d) L. 1. fin. 2. de iniur. (47. 10.). *Paul.* Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxore aequum est.

essi (e), libera ciascuno dalla testimonianza contro l'altro, e fonda in loro favore il *beneficium competentiae* (f). 15 162

V. Degli effetti del matrimonio sui beni.

A. Della dote.

§. 108.

1) Concetto della dote.

T. D. de iure dot. (23. 3.). — C. de iure dotium (5. 12.). — *Ulp. Fragm. VI. — Paul. Receptae sent. II. t. 21. 22. — Fragm. Vat. §. 94. seqq. — Finestres et de Monsalvo, De iure dotium, lib. V. Cervariae 1734 — de Tigerström, Il diritto dotale de' Romani, Berl. 1831. — Savigny, Sist. II. pag. 13.*

1) Considerando l'idea del matrimonio parrebbe che la comunione de' beni ne fosse conseguenza immediata, ma il diritto romano non ha dato al matrimonio tutta quella importanza pratica che sembra venire dalla sua definizione, specialmente da quella di Modestino accettata nelle Pandette (a). Molto più il diritto vuole che il patrimonio de' coniugi fosse diviso e che il marito rappresentasse tutta la novella famiglia, e ne sopportasse i pesi; se non che per mezzo di uno speciale istituto giuridico si assicurò a lui un qualche aiuto pecuniario che dovea prestarsi dall'altra parte, affinché potesse meglio sovvenire ai doveri del matrimonio. Questo patrimonio che dalla moglie era dato al marito, affinché servisse ai pesi coniugali, ebbe il nome di dote, che possiamo definire il patrimonio destinato dalla donna o da chi per lei *ad matrimonii onera ferenda* (b).

Questa relazione patrimoniale non è però propria conseguenza del matrimonio, ma viene da un atto speciale, il quale si rapporta al matrimonio, e il cui principio è da questo dipendente (c).

(e) L. 2. C. rer. amot. (5. 21.). *Alexand. ... Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed damno in factum datur actio.* — L. 1. fin. C. de iure dot. (5. 12.).

(f) L. 20. de re iud. (42. 1.). *Modest. Non tantum dotis nomine maritus, in quantum facere possit, condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus, in quantum facere potest condemnandus est ex Divi Pii Constitutione. Quod et in persona mulieri, aequa lance servari aequitatis sugerit ratio.*

(a) L. 1. de ritu. nupt. (23. 2.). *Ved. §. 104. not. (a).*

(b) L. 56. §. 1. 2. de iur. dot. (23. 3.). *Paul. Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.* — L. 20. §. 2. familiae ercisc. (10. 2.).

(c) L. 3. h. t. *Ulp. Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.* — L. 21. cod. *Idem. Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat*

2) La dote è costituita mediante contratto o per legato, ed è necessaria o volontaria. Hanno per legge l'obbligo di costituire la dote per la donna, (e perciò questa dote è necessaria): il padre in forza della patria potestà per la figlia e la nipote povera anche fuori della patria potestà; in mancanza del padre ha l'obbligo di costituire la dote l'avo paterno (d): per eccezione può essere obbligata anche la madre (e). I fratelli non sono obbligati a costituire la dote per la sorella anche che fossero di lei germani. La dote costituita da tutt'altra persona è volontaria.

La somma della dote bisogna che venga determinata conforme alla condizione del marito, come ancora secondo il patrimonio della donna o secondo quello di coloro che ne hanno l'obbligo, simigliantemente agli obblighi degli alimenti (f).

3) La dote è certa o incerta; dicesi certa quando l'obbietto di essa è dal promettente determinato in specie o in qualità e quantità; è poi incerta, quando vi è promessa di dote senza determinarne l'oggetto. È però d'avvertire, che se la promessa semplice è fatta dalla donna, non concedesi azione al marito per obbligare la moglie a dare quello che avea promesso (g); se all'opposto fu fatta da altri, essa è valida, e la determinazione dell'oggetto è stabilita dall'equo parere del giudice (h).

La dote può essere stimata e non stimata. È dote stimata, quando è stabilita in un valore accertato: in caso contrario è inestimata; nel primo caso essa è consegnata al marito in guisa di vendita a prezzo di stima, *dos aestimata venditionis causa*; ma ciò quando non fu stimata pel solo

habere in se conditionem hanc, si nuptiae fuerint secutae, et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio: si nuptiae, constat: quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur.

(d) N. 97. c. 3. — L. 7. C. de dot. promis. (5. 11.). *Iust.* . . Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotes, vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie.

(e) L. 14. C. h. t. (5. 12.). *Diocl. et Maxim.* Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa; Pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem.

(f) L. 60. h. t. (23. 3.). *Cels.* Quaero, quantae pecuniae dotem promittenti adultae mulieri curator consensum accomodare debeat? Respondit, modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique stantendus est, quousque ratio patitur. — L. 69. §. 4. 5. eod.

(g) L. 1. C. h. t. (5. 11.). *Alexand.* Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec praestita sit, quum neque species ulla neque quantitas promissa sit, sed haecenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit.

(h) L. 69. §. 4. de iur. dot. (23. 3.). *Papin.* Gener a socero dotem arbitrato soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat; arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, quum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit; dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest. — *Yed.* L. 3. C. de dot. prom. (5. 11.).

fine che colui che ha diritto alla restituzione, sciolto il matrimonio, potesse produrre le sue ragioni nel caso ch'essa venisse diminuita o deteriorata, *dos aestimata taxationis causa*.

La dote prende diversi nomi secondo le persone che la costituiscono, ed il modo come viene costituita: così chiamasi dote profetizia quella costituita dal padre, o da altri in nome del padre; costituita al contrario da una terza persona non in nome del padre, o dalla stessa moglie si addimanderà avventizia; e finalmente è conosciuta col nome di dote recettizia, se venne data col patto della restituzione dopo lo scioglimento del matrimonio (i).

L'oggetto della dote è vario e diverso ad arbitrio, e si possono costituire tante cose corporali quanto incorporali, ed anche la intiera sostanza della moglie (k).

ANNOTAZIONE

L'obbligo di dar la dote ristretto al solo padre è stato da certi giuristi assegnato ancora ad altre persone, per interpretazione troppo estensiva di alcune leggi; specialmente si è determinato l'obbligo del fratello di dotare la sorella consanguinea in forza della legge 12. §. 3. de adm. tut. (26. 7.), ma si è in errore; imperciocché quand'anche per mezzo di un argomento *a contrario* si può ricavare che il tutore è obbligato a dotare la sorella consanguinea del pupillo, pure da ciò non si deduce l'obbligo del pupillo di assegnare la dote alla sorella; ma il tutore dovrebbe interpretare i sentimenti morali del pupillo, come qualunque persona che scrutasse la pietà dell'animo altrui (l). Non meno erronea è l'opinione che la donna sia obbligata a dotare sè stessa in forza della legge 9. 22. C. de adm. tut. (5. 37.); imperocché da queste leggi si rileva solo che il curatore è obbligato a costituire la dote, ma certamente ciò non è sempre ed incondizionalmente, ma quando la donna medesima lo esige (m). La vera determinazione su ciò non può ricavarsi che dalla legge 1. C. h. t. (5. 11.); e di vero si è stabilito, che in caso di una promessa incerta il marito non avrà nulla da pretendere dalla donna; ora questo sarebbe irragionevole, se vi fosse l'obbligo della donna di costituire la propria dote (n).

(i) L. 5. pr. §. 1. 9. 11. 14. h. t. (23.3.). *Ulp.* Profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius. §. 6. Si pater non quasi pater, sed alio dotem promittente fideiussit, at quasi fideiussor solverit, Neratius ait, non esse profecticiam dotem, quamvis pater servare a reo id, quod solvit, non possit. §. 11. Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit; sed ita demum, si ut parens dederit; ceterum si, quum deberet filiae, voluntarie eius dedit, adventicia dos est. — L. 31. §. 2. de mort. caus. don. (39. 6.). — *Ulp. fragm.* VI. §. 3. 5.

(k) L. 7. §. 2. h. t. — L. 2. C. de obl. et act. (4. 10.). — L. 4. C. h. t. (5. 12.). *Alexand.* Nulla lege prohibitum est, universa bona in dotem marito feminam dare.

(l) Ved. *Puchta*, §. 317. not. (d).

(m) L. 22. C. eod. (5. 37.).

(n) L. 32. de cond. ind. (12. 6.).

§. 109.

2) Diritto del marito sulla dote durante il matrimonio.

La dote durante il matrimonio è considerata come nella proprietà del marito, e però tutti i diritti inerenti a quello di proprietà sono, durante questo stato, attribuiti al marito come al vero proprietario (a). Per la qualcosa egli ha la *rei vindictio* e tutte le azioni che competono al vero proprietario; e come si serve delle cose, ne porta anche tutti i pesi (b). Nella medesima qualità acquista tutte le accessioni della dote, le quali valgono come accessioni del patrimonio dotale, eccetto i frutti, i quali non sono compresi in questo patrimonio, ma entrano nella vera e piena proprietà del marito (c).

Nasce da ciò il diritto del marito all'alienazione delle cose dotali, tranne i fondi pei quali evvi per lui l'espresso divieto del *ius alienandi*, ed ancora per tutte le specie di alienazioni, ossia non potrà neppure ipotecarli, nè costituire una servitù ed in generale nessun *ius in re* sopra di essi, neppure col consenso della donna (d).

Un tale divieto sorge appena un fondo è dichiarato dotale, ossia anche prima del matrimonio, quando fu trasmesso al futuro marito *dotis nomine* (e); ed ha valore anche dopo lo scioglimento del matrimonio sino al tempo della restituzione della dote.

La proibizione dell'alienazione del fondo dotale non ha effetto nei seguenti casi :

a) Quando il fondo è stato dato *venditionis causa*; imperocchè allora il marito non ha l'obbligo che di restituire il prezzo stimato, ovvero può, a sua scelta e non a quella della donna, restituire il prezzo o la cosa stes-

(a) L. 7.13. §.2.de fundo dot. (23.5.). *Ulp.* Dotale praedium sic accipimus, quum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur. — L. 47. §. 6. de peculio (15. 1.).

(b) L. 49. de furtis (47. 2.). — L. 11. C. de iur dot. (5. 12.). *Dioel. et Mazim.* De his, quae in dotem data ac direpta commemoras, mariti tui esse actionem, nulla est dubitatio. — L. 7. pr. L. 10. §. 3. de iur. dot. (23. 3.). — *Ved. not. seg.*

(c) L. 10. §. 1. 2. — L. 69. §. 9. de iur. dot. (23. 3.). *Ulp.* Si praediis inaeestimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet; si aliquid decessit, mulieris damnum est. §. 2. Si servi sobolem ediderunt, mariti lucrum non est. §. 3. Sed foetus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur, sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat, et summissis in locum mortuorum capitum ex agnatis residuum in fructum maritus habeat, quia fructus dotis ad eum pertinet.

(d) T. D. de fundo dot. (23. 5.). — T. C. (5. 23.). — pr. Inst. quib. alien. licet. (2. 8.). — L. 16. h. t. (23. 5.).

(e) L. 3. pr. — L. 9. 14. — L. 4. — L. 13. §. 2. b. t. (23. 5.). *Gai.* L. 4. *Lex Julia*, quae de dotali praedio prospexit, ne id marito liceat obligare, aut alienare, plenius intrepertanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit, quod de marito.

sa, e quindi il fondo designato come dotale in questo caso entra nella piena proprietà del marito (f).

b) Quando il fondo per una qualunque circostanza cessa di esser dotale (g).

c) Quando la dote non cade alla donna o ai suoi eredi dopo lo scioglimento del matrimonio (h).

d) Quando la vendita non ebbe luogo per volontà del marito o del suo successore universale (i).

La vendita fatta fuori di questi casi è nulla, ma essa può convalidarsi quando dopo lo scioglimento del matrimonio segue il consenso della moglie o dei suoi eredi (k), ovvero quando per essi si estingue il diritto d'impugnare la vendita illegale.

3) Il marito ha l'obbligo della restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio; onde egli è obbligato a prestare la *diligentia in suis rebus*, ossia è tenuto di ogni colpa (l).

ANNOTAZIONE

Sulla questione se il pericolo delle cose dotali è a carico del marito, ed in che misura, bisogna attendere ai seguenti punti:

1) Quando per dote si sono date al marito cose corporali, e queste sono *fungibiles*, tutto il pericolo è da parte del marito (m); se poi non sono *fungibiles*, non è obbligato alla restituzione, se le cose andarono perdute per caso fortuito (n).

(f) L. 11. h. t. (23. 5.). *African.* Quod si fundus in dotem aestimatus datus sit, ut electio esset mulieris, negavit, alienari fundum posse; quod si arbitrio mariti sit, contra esse.—confr. L. 10. §. 6. de iure dot. (23. 3.).

(g) L. 26.27. de iur. dot. (23.3.). *Modestin.* Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam, idque probatum est.—L. 27. *Ulp.* Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur.—L. 1. C. h. t. (5. 23.).

(h) L. 3. §. 1.—L. 17. h. t. (23.5.). *Marcian.* Fundum dotalem maritus vendidit et tradidit; si in matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti cessit, fundus emtori avelli non potest.

(i) L. 1. 2. h. t. *Paul.* Interdum lex Iulia de fundo dotalis cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere; hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.

(k) L. 77. §. 5. de legat. (31).—L. 17. h. t. (23. 5.).—L. 42. de usuc. (41. 3.). *Papinian.* Quum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti, rem dotis esse, venditio non valet; quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, quum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit.

(l) L. 17. pr. de iur. dot. (23. 3.). *Paul.* In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolo, quam culpam, quia causa sua dotem accipit, sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.—L. 24. §. 5. solut. matr. (24. 3.).

(m) L. 42. de iure dot. (23. 3.). *Gai.* Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt; quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahatur, et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatibus restituat vel ipse, vel heres eius.

(n) L. 24. §. 5. solut. matr. (24. 3.).

2) Qualora fosse stata promessa la dote, ed il marito abbia trascurato di domandare ciò che fu promesso, allora è certo che, se il promettente è quegli stesso che ha diritto alla restituzione dopo lo scioglimento del matrimonio, il marito può liberarsene mediante l'*exceptio doli*, nel caso che quegli volesse far uso del suo diritto per la restituzione. Questo principio si applica contro la donna stessa, quando ella promise la dote, ovvero è l'erede del promettente.

3) Se al contrario il promettente è altra persona che colui che ha diritto alla restituzione, il marito sarà tenuto per colpa *in exigendo*; così quando egli è in *mora agendi* e il promettente è addivenuto insolvente; quando l'azione per domandare la dote promessa è prescritta per colpa sua; quando non s'appellò d'una ingiusta sentenza; o quando da ultimo il processo fu perduto per un errore da lui commesso. Egli però non è tenuto pel caso fortuito, quando senza sua colpa il promettente è addivenuto insolvente (o).

Nel caso che il marito facesse col promettente una novazione, ovvero avesse già riscossi gl'interessi della somma promessa in dote, allora è a suo carico ogni pericolo (p).

Se per dote fu ceduto al marito un diritto di obbligazione, egli nella medesima maniera anzidetta sarà tenuto per *culpa in exigendo* e non per caso fortuito (q).

4) Quando si fa una delegazione a scopo di dote, bisogna sempre presupporre la regola generale, che il delegante abbia veramente dato al marito l'obbietto della obbligazione; e se è una quantità, il marito dev'essere non solo tenuto per colpa *in exigendo*, ma ancora per caso fortuito (r). Il passo principale in questa materia è la leg. 41. §. 3. de iur. dot. (23. 3), secondo la quale, nel caso che per dote si delegasse il debitore sotto condizione, il pericolo è da parte della donna, quando il debitore addivene insolvente mentre pende la condizione; per contrario il pericolo sarà a carico del marito, qualora il delegato non fosse stato solvente già al tempo della delegazione. Quest'ultimo principio è regola generale per una delegazione incondizionata, mentre il primo è una eccezione pel caso della delegazione condizionata (s).

(o) L. 33. de iure dot. (23. 3.). *Ulp.* Si extraneus sit, qui dotem promisi, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat; nam si donavit, utcumque parendum marito, qui cum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat; hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos. Sed si vel pater, vel ipsa promiserunt, Iulianus quidem libro XVI. Dig. scribit, etiamsi pater promisit, periculum respicere ad maritum; quod ferendum non est. Debebit ergo mulieris esse periculum, nec enim quidquam iudex propriis auri-bus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsa non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse; quod debitor, id viri esse, quod alius, scilicet donaturus, eius periculo ait, cui acquiritur; acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit. — L. 66. §. 7. solut. mat. (24. 3.).

(p) L. 35. 49. de iur. dot. *Ulp.* Dotem a patre vel a quovis alio promissam, si vir novandi causa stipuletur, coepit viri esse periculum, quum ante mulieris fuisset. — L. 66. §. 6. solut. matr. (24. 3.). — L. 71. de iur. dot.

(q) L. 49. solut. matrim. (24. 3.).

(r) L. 8. §. 3. 5. ad SC. Velleian. (16. 1.). — L. 26. §. 2. mand. (17. 1.). — L. 21. §. 3. de auct. legat. (33. 1.). — L. 21. de don. (39. 5.). — L. 18. de fideius. (46. 1.).

(s) 41. §. 3. *Paul.* Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed an-

5) Quando una dote è costituita mediante accettilazione o mediante patto *de non petendo*, bisogna distinguere se l'obbietto della obbligazione è cosa *fungibilis* o specie; nel primo caso si reputa come se il creditore avendo esatta l'obbligazione, l'avesse poi costituita in dote al marito. Nel secondo caso se le specie al tempo dell'accettilazione trovansi nelle mani del marito, l'obbietto stesso è *in dote*, se non trovansi, sarà *in dote* solamente la *liberatio obligationis* (t).

Sulla questione se il marito ha diritto ad una prestazione in caso di evizione, decide la legge 1. C. de iur. dot. (5. 12.). « Sever. et Anton. L. 1. C. de iure dot. » (5. 12.). Evicta re quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex stipulatione agere potest. Si autem nulla pollicitatio, vel promissio intercessit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio. Si vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio. Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolo interpositus sit; tunc enim, ne facta mos actio adversus eam detur, in factum actio competit. » Questa legge riguarda tre casi, cioè quando la dote fosse stimata *venditionis causa*; quando il costituente fosse *in dolo*; e quando una *pollicitatio vel promissio fuerit interposita*. Questo ultime parole da molti antichi e da qualche recente giurista s'interpretano per una promessa speciale di risarcimento nel caso della evizione, e però stabiliscono, che il costituente della dote, la costituisse per *promissio* o per *datio*, è obbligato in caso di evizione come il donatore; cioè quando è colpevole di dolo, ovvero quando espressamente a ciò si obbliga, compreso naturalmente il caso della *aestimatio* che porta con sé l'obbligo di risarcire l'evizione (u). Quantunque vi fosse una certa similitudine tra l'istituto della dote e quello della donazione, non possiamo però accettare l'interpretazione che danno cotesti giuristi al passo citato; ma in quelle parole della legge dobbiamo assolutamente comprendere una *pollicitatio* o *promissio dotis*: tanto più che la sola pollicitazione non è sufficiente a stabilire un obbligo a cagion di evizione, basta bensì da sola a costituire una dote. Ciò posto pel *favor dotis* può fermarsi il principio; quando la *dotis datio* avviene in seguito di una *promissio* o *pollicitatio*, il costituente è sempre tenuto in caso di evizione, per una *dos data* al contrario egli potrà esser tenuto solamente nel caso di *aestimatio dotis*, o quando è colpevole di dolo. Questo principio non è per nulla in contraddizione con la legge 69. §. 7. de iure dot., poichè in questo passo si tratta solamente di una *dos data* (v).

tequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit, magis ad mulierem periculum pertinere placet; nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quodsi iam tunc debitor, quam sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale ab initio obligationis fuerit. — Ved. L. 46. pr. — L. 53. de iure dot. (23. 3.). — L. 6. de pact. dot. (23. 4.).

(t) L. 77. 58. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). Cels. Si mulier ancillam Pamphilam a Titio stipulata, deinde ei nuptura, quod ia sibi debebat, doti habere permisit, etiamsi non erit viri Pamphila, an ipsa tamen Pamphila in dote et mulieris periculo erit, an et quod ea peperit, reddi mulieri debebit, quia, si in sua causa prior stipulatio mansisset, non redderetur, nisi forte refert, habuerit rem, quam debebat vir, quo tempore dos constitueretur, nam ita poterit videri res ipsa ad eum pervenisse, an non habuerit? Nam si non habuerit, magis est, ut liberatio obligationis potius, quam res ipsa ad eum ita pervenisse videatur; ideoque partus eius non debetur

(u) Thibaut, disert. civili, pag. 56. — Zimmern, Archivio civile II. pag. 203.

(v) Ved. Glück, Com. XX. pag. 198, XXV. pag. 80. — Vangerow, l. §. 217.

§. 110.

3) Del diritto della donna su la dote.

La dote essendo costituita allo scopo di sopperire ai pesi coniugali, è nei beni del marito, cosicchè la donna non ha nessun diritto sull'amministrazione di essa, quantunque fosse naturale e vera proprietà dei beni dotali (a). Il maggior diritto che ha la donna sulla dote è quello della restituzione a sè od ai suoi eredi dopo lo scioglimento del matrimonio. Ella può inoltre muovere un' azione contro l'*auctor* per evizione (b).

Può essa alle volte pretendere la dote anche durante il matrimonio, quando il marito addiviene insolvente, o cade in un concorso di creditori; ovvero quando per prodigalità di lui è la dote in sommo pericolo. Con tutto ciò i beni non perdono il loro carattere, e la donna avrà le medesime limitazioni per l'alienazione, restando la dote sempre determinata *ad matrimonii onera ferenda* (c). Fuori di questo caso il marito non deve e non può restituire la dote durante il matrimonio, e, se il facesse, egli non è liberato dall' obbligo della restituzione appena sciolto il matrimonio.

Eccezione a questa regola oltre dei casi predetti fanno altri casi tassativamente determinati, con la sola differenza che nei primi il marito può essere obbligato alla restituzione, mentre nei seguenti non vi può essere costretto, ma lo potrà fare senza verun pregiudizio. I casi sono questi:

h) *ut aes alienum solvat*, ossia allo scopo di pagare i debiti;

2) *ut fundum idoneum emat*, affinchè potesse comprare un fondo, che promette molto lucro;

3) *ut se suosque alat*, affinchè la moglie potesse sostenere sè ed i suoi schiavi; questa misura può esser giustificata nel caso che il marito è assente o in simiglianti condizioni;

4) finalmente *ut virum egentem sustineat*, ossia quando la restituzione ha per iscopo di sostenere i più prossimi parenti caduti in miseria (d).

(a) L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.): *Iustin.* In rebus dotilibus, sive mobilibus sive immobilibus seu semoventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaeestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potius causam in his per hypothecam vindicare, quam eadem res, et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in eius permanserunt dominio. — L. 4. de collatione (37. 6.).

(b) L. 74. de evict. (21. 2.).

(c) L. 22. §. 8. 9. — L. 24. pr. soluto matr. (24. 3.). *Ulp.* Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. — L. 29. C. de iur. dot. (5. 12.).

(d) L. 73. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). *Paul.* Manente matrimonio non perditurae uxori ob

ANNOTAZIONE

È questione abbastanza agitata se la proprietà dei beni dotali appartenga al marito od alla moglie durante il matrimonio; e tale controversia riesce tanto più difficile, in quanto che i fonti stessi adoperano un linguaggio poco chiaro e dubbio abbastanza. Alcuni apertamente determinano pel marito il diritto di proprietà durante il matrimonio (d); altri con egual chiarezza riconoscono questo diritto nella donna (e); e finalmente non mancano frammenti che lasciano intravedere e l'una e l'altra opinione (f).

Per la qual cosa alcuni giuristi fermandosi sulla Leg. 30. C. de iur. dot. di Giustiniano vorrebbero stabilire il diritto di proprietà civile pel marito ed il naturale per la moglie; ma come vi osta il principio *duorum dominium in solidum esse non potest*, si dà al solo marito il vero diritto di proprietà. Quei passi dei fonti, essi dicono, mercè cui si potrebbe assegnare il diritto alla donna, si giustificano solamente perchè la dote è determinata per lei, che ne ha anche i vantaggi.

Altri e segnatamente il *Tiegerström* in una sua dotta ed accurata dissertazione (g) riconosce nella moglie il vero diritto di proprietà, ed afferma che al marito si concede dalla legge solo l'usufrutto ed un dominio da procuratore; ed a questo concetto corrispondono quelle leggi, che sembrano attribuire al marito la proprietà dei beni dotali durante il matrimonio.

Quantunque la comune opinione combatta l'interpretazione data dal *Tiegerström*, pure essa non è tanto disprezzabile, ed a nostro avviso è fondata sulle leggi. Egli è certo che l'argomento principale in tale quistione non può esser tratto che dalla legge 30 di Giustiniano, nella quale si parla di un doppio dominio, uno civile

has causas dos reddi potest, ut sese suosque aliat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato pareat praestet alimonia, aut ut egeretur virum, fratrem sororemve sustineat.—L. 20. solut. matr. (24. 3.). *Idem*. Quamvis mulier non in hoc accipiat constanta matrimonium dotem, ut aes alienum solvat, aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex suo viro egenibus aut fratribus et parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere; et ideo recte ei solvitur, idque et in filiafamilias observatur.

(d) *Gai. Inst.* II. 63.—*Fragm. Vat.* §. 269.;—*pr. Inst.* quib. alien. (28.). Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, et contra qui dominus non sit, alienanda rei potestatem habeat. Nam dotalia praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum: quod nos legem Iuliam corrigentes in meliorem statum deduximus.—L. 7. §. 3. L. 8. §. 1. de iur. dot. (23. 3.).—L. 13. §. 2. de fund. dot. (23. 5.).—L. 47. §. 6. de peculio (15. 1.).—L. 21. §. 4. ad munic. (50. 1.).—L. 23. C. de iur. dot. (5. 12.).—L. 7. de serv. pign. dato (7. 8.).

(e) *Ved. not.* (a).—L. 10. §. 1. 2. de iur. dot. (23. 3.).—L. 3. §. 5. de minorib. (4. 4.): *Ulp.* Ergo etiam filiafamilias in dote captam, dum patri consentit stipulanti dotem non statim, quam dedit vel adhibenti aliquid, qui dotem stipularetur, puto restituendam, quoniam dos ipsius filiae propriam patrimoniam est.

(f) L. 75. de iur. dot. (23. 3.).—L. 75. eod. *Tryphon.* Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est; et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine dotalis stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse.

(g) *Tiegerström*, Diritto dotali, I. pag. 202.

Diritto romano.

pel marito ed uno naturale per la donna. Ora non si può certamente accettare in questo luogo la distinzione tra proprietà bonitaria e quiritaria, poichè la fusione di entrambe, che fin dal diritto classico cominciò ad avere importanza scientifica, divenne legale e positiva nella legislazione giustiniana.

La frase di Giustiniano: *quum eadem res et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in eius permanserunt dominio*, vuol significare, che il diritto di proprietà sin dal principio fu della moglie ed in lei rimase *naturalmente*, la quale espressione si risolverebbe in queste parole *secundum rerum naturam* e non *secundum subtilitatem legum*. Ma posto dall'altra parte che il marito rappresenti la personalità della donna e possa usufruire di questi beni, e rivendicarli in qualità di marito, cioè come legale rappresentante della moglie, è chiaro di per sè che la legge lo consideri come proprietario, e gli dia le azioni su questi beni. Questa interpretazione non contraddice alle altre leggi, nè allo spirito generale del diritto considerato dopo l'ultima riforma. La legge di Ulpiano *de minoribus* lo dice apertamente così da non ammettere quistione: « *quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est*; cosicchè se in altre leggi anche dello stesso Ulpiano troviamo un'opinione contraria, essa deve accettarsi nel nostro senso, cioè che la dote appartiene al patrimonio della donna, ed è rappresentata dal marito in qualità di legale procuratore, tanto più quando vediamo e l'una e l'altra opinione accordata in una medesima frase di Trifonino « *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*. Solo questa opinione spiega convenientemente tutte quelle disposizioni che permettono alla donna di reclamare la dote durante il matrimonio; nel diritto antico ciò era giustificato, fingendosi uno scioglimento di matrimonio con la *fictio divortii*; ma poichè questa finzione fu chiamata *falsa simulatio* da Giustiniano (h), e ciò non ostante la moglie può pagare i suoi debiti co' beni componenti la dote, è forza concludere che nemmeno durante il matrimonio le è tolto il diritto di proprietà, altrimenti si cadrebbe nell'assurda conseguenza che la moglie potesse coi beni del marito soddisfare ai suoi debiti.

§. 111.

Della dote dopo lo scioglimento del matrimonio.

T. D. Solutio matrimonii dos quemadm. petat. (24. 3.);—de impensis in res dotalis factis (25. 1.).—T. C. de rei uxoris act. in ex stipul. actionem transfusa, etc. (5. 13.);—solutio matrimonii dos quemadm. pet. (5. 18.); — ne pro dotis mulieris bona quando mar. addicatur (5. 22.).

Essendo la dote destinata a sostenere i carichi del matrimonio, dipende pienamente dalla durata di questo vincolo, e però non appena il matrimonio è sciolto, la dote non ha più ragion di essere, e deve dal marito restituirsi. Intorno alla restituzione della dote, e specialmente alla questione: chi ha il diritto di chiederla, e quale è l'oggetto di essa; conviene osservare i seguenti principii:

(b) L. 30. in fin. C. de iure dot. (5. 12.).

I. 1) Se il matrimonio si scioglie per morte del marito, non si fa distinzione tra dote profettizia, ed avventizia, così :

a) Quando la moglie è *sui iuris*, sia per emancipazione sia per morte del padre, chiede ella stessa la restituzione della dote; se muore prima di ripeterla, nell'antico diritto i suoi eredi allora potevano domandare la dote, quando il marito era in mora (a); ma nel diritto nuovo si è affermato il diritto di chiedere la restituzione per gli eredi della donna anche senza la circostanza della mora (b).

b) Se la donna è ancora sottoposta alla patria potestà, il diritto di chiederla compete al padre in virtù dell'assenso espresso o tacito della figlia (c). Se essa è assente, il padre potrà ripetere la dote, ma dopo deve avere l'assenso della figlia; se essa è demente, allora lo potrà interamente da sè. Se il padre stesso è demente, allora invece di lui il curatore domanderà la restituzione, e se si teme che il padre potesse dissiparla, interverrà il magistrato, e ne prenderà cura (d).

2) Se il matrimonio si scioglie per morte della moglie, allora si distingue la dote profettizia dall'avventizia.

a) Nel caso di dote avventizia Giustiniano cambiò l'antico diritto, secondo il quale la dote rimaneva definitivamente presso il marito, e stabilì che gli eredi della moglie avevano sempre il diritto di ripeterla (e).

(a) *Ulp. Fragm. VI. 7. — Fragm. Vat. §. 59.*

(b) *L. un. §. 4. C. de rei ux. act. (5. 13.). Justin. Maneat ex stipulatu actionis ius ad successores et sine mora transmissionis incorruptum.*

(c) *L. 2. §. 1. L. 3. 34. h. t. (24. 3.). Ulp. Quodsi in patris potestate est, et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est. Denique pater non aliter, quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se, nec per procuratorem potest; sic ergo et promittendum Sabinus ait; ei ergo promittendum erit, cui uterque iusserit. Ceterum si pater solus inssit, dotis actio filiae non erit adempta, quandoque suis iuris filia fuerit facta. Item si voluntate solius filiae promittatur, remanebit dotis actio integris patri. Sed utrum ut et agat solus, an et ut adiuncta quoque filiae personae experiri possit? Et puto nec eam actionem amissam, quam adiuncta filiae persona potest habere, quodsi aut iuris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio. — L. 2. C. soluto mat. (5. 18.). — L. un. §. 14. C. de rei ux. act. (5. 13.). — Nov. 97. c. 6. §. 1.*

(d) *L. 1. L. 2. §. 2. — L. 22. §. 4. 9. 10. h. t. (24. 3.). Ulp. Voluntatem autem filiae, quum pater agit de dote, utrum si accipimus, ut consentiat, an vero ne contradicat filia? Et est ab Imperatore Antonino rescriptum, filia, nisi ovidenter contradicat, videri consentire patri. Et Iulianus libro quadragesimo octavo Digestorum acripit, quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat; nam ubi non potest per dementia contradicere, consentire eam quis merito credit. Sed si absens filia sit, dicendum erit, non ex voluntate eius id actum, cavendumque, ratam rem filiam habitam, a patre, ubi eam sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere.*

(e) *L. un. §. 6. 13. C. de rei ux. act. (5. 13.). Justin. Illo procul dubio in ex stipulatu actione servando, ut, si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac lege inose intelligatur. §. 13. In fin. Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per vitilem sexum adscendentem et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacita ex stipulatu actionem donamus.*

b) Se al contrario la dote è profettizia, sarà domandata dagli eredi della moglie, quando il costituente più non vive; se poi vive, e la donna, non avendo figli, è restata sempre sotto la patria potestà, il diritto di chiederla compete al padre (f) (1).

3) Il diritto di ripetere la dote può venire da contratto, ed allora il diritto di chiederla è di colui che al momento dell'atto stipulava la restituzione, fosse anche la donna stessa. Il padre potrà stipulare la restituzione anche dopo fatta la promessa, ma sempre prima della celebrazione del matrimonio; chè se l'atto solenne del matrimonio fu celebrato, nè egli nè terze persone possono stipulare la restituzione senza il consentimento della moglie (g).

II. Quanto all'obbietto della restituzione si hanno diverse regole secondo è la natura della dote, e secondo che questa fu diminuita per colpa del marito o dei suoi eredi.

1) Se l'oggetto della dote consisteva in una somma o in una quantità di *res fungibiles*, il marito o i suoi eredi devono restituire una somma eguale, o un'eguale quantità; la stessa regola vale ancora per l'oggetto non *fungibilis* di una dote *venditionis causa aestimata* (h).

2) Se al contrario si tratta di cose non *fungibiles*, e la dote non sia *aestimata venditionis causa*, il marito o i suoi eredi devono restituire le cose individualmente; ma se per loro colpa le cose dotali fossero distrutte o danneggiate, egli o i suoi eredi devono darne il risarcimento; e se esse furono alienate col consenso di colui che le domanda, questi dovrà allora pretenderne il solo prezzo (i).

3) È possibile che l'oggetto della dote consista in un diritto reale; ed allora quel vantaggio giuridico che da questo diritto venne al marito, deve essere dato a colui che ripete la dote, in varii modi, e propriamente: per

(f) L. un. §. 6. 13. infin. C. eod. ved. not. prec.

(g) L. 7. pr. L. 20. §. 1. de pact. dot. (23. 4.). *Paul.* Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult, pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest, legem enim suae rei dicit; postquam vero dederit, pacisci consensiente muliere debet. — L. 29. pr. fr. t. (24. 3.). — L. un. §. 13. de rei uxor. act. (5. 13.).

(h) L. 10. §. 6. L. 42. de iur. dot. (23. 3.). *Ulp.* Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio, aut res praestentur, si quidem fuerit adiectum: *utrum mulier velit*, ipsa eligit, *utrum* malit petere rem, aestimationemve; verum si ita fuerit adiectum: *utrum maritus velit*, ipsius erit electio; aut si nihil de electione adiiciatur, electionem habebit maritus, *utrum* malit res offerre, an pretium earum. Nam et quum illa, aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet. Sed si res non extet, aestimationem omnimodo maritus praestabit. — L. 14. 16. 18. de iur. dot. (23. 3.). — L. 66. §. 3. h. t. (24. 3.). — L. 1. C. h. t. (5. 18.).

(i) L. 18. §. 1. L. 24. §. 5. L. 25. §. 1. 4. L. 55. 66. pr. h. t. (24. 3.). — L. 17. pr. L. 72. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). *Paul.* In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.

mezzo di trasferimento, o per esercizio del medesimo diritto; ovvero con l'estinzione o col ristabilimento del *ius in re*; anche in questi casi è fondata la pretensione dell'indennizzo, quando per colpa del marito non si può conseguire questo fine (k).

4) Se l'oggetto della dote fu un diritto di obbligazione, bisogna considerare questi diversi casi: se l'obbligazione fu soddisfatta, l'obbietto dell'obbligazione sarà quello della dote; se poi non fu soddisfatta, e colui che domanda la restituzione n'è il debitore, allora egli avrà il diritto d'esserne liberato; ma se non è il debitore, ha diritto che gli sia ceduto questo diritto d'obbligazione. Anche qui secondo le circostanze dei casi chi domanda la restituzione della dote avrà anche diritto di chiedere risarcimento, qualora per colpa del marito si fosse perduta l'obbligazione, ovvero perchè questi era obbligato fin dal principio, o per qualunque fosse atto tenuto per ogni pericolo (l).

5) Finalmente l'obbietto della dote può consistere nel rilasciare un debito del marito, ed in questo caso si ritiene come se questi avesse ricevuto l'obbietto del debito; se poi questo debito dipendesse da una condizione o da una determinazione di tempo, e la condizione non sia ancora avverata, o il tempo non sia ancora venuto al momento della restituzione, allora bisognerebbe costituire da capo il debito medesimo (m).

6) All'obbligo della restituzione della cosa principale va annesso naturalmente quello degli accessori, ossia di tutte le accessioni che si son fatte durante il matrimonio. I frutti spettano di diritto al marito, ma con

(k) L. 32. de iure dot. (23. 3.).

(l) L. 33. 41. §. 3. L. 48. §. 1. L. 49. de iur. dot. (23. 3.).—L. 41. §. 4. eod. L. 30. §. 1. L. 44. §. 1. L. 66. §. 7. b. t. (24. 3.).—L. 49. pr. *Paul. Maevia* marito suo inter alias res dotis etiam instrumentum solidorum decem tradidit, quo Otacilius eidem Maeviae caverat, daturum se, quum nuptum ire coepisset, decem millia: ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit; quaesitum est, si dos a marito petatur, an compellendus sit, etiam illam summam, quae instrumento continetur, refundere? Respondi, potuisse quidem eum, cui actiones mandatae sunt, debitorem convenire, sed si sine dolo malo vel culpam exigere pecuniam non potuit, neque dotis nomine enim conveniri posse, neque mandati indicio.—L. 20. §. 2. de pact. det. (23. 4.).

(m) L. 12. §. 2. L. 43. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). *Ulp.* Quoties autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendae causa, si quidem nuptiae iuscentae non fuerint, liberatio non sequitur, nisi forte sic accepto tuit, ut velit mulieri in totum donatum; tunc enim credendum est, brevi manu acceptum a muliere, et marito datum; ceterum mulieri per liberam personam conditio acquiri non potest. Plane secutis nuptiis mulier soluto matrimonio dotis actionem habebit, nisi forte sic accepto tuit extraneus, ut ipse, quoquo modo solutum fuerit matrimonium, condictionem habeat; tunc enim non habebit mulier actionem. Secundum quae constituta dote per acceptationem et sentis nuptiis is effectus erit dotis actioni, ut, si quidem prius sit obligatio, quae accepto lata est, non ipsa eam restituenda sit, sed solvenda dos secundum sua tempora. Sin vero obligatio in diem fuit, nec autem solutum matrimonium dies obligationis praeteriit, restitanda est in diem pristinum obligatio, et si debitum cum satisfactione fuerit; satisfactio renovanda est.

due condizioni: che questi sieno da lui raccolti durante il matrimonio, e che le cose fruttifere sieno veramente dotali; e quindi ne segue che i frutti raccolti prima aumentano la dote, quelli raccolti dopo il matrimonio sono proporzionalmente divisi tra il marito e colui che chiede la restituzione (n) (2).

7) Prima che la dote si restituisses, il marito ha diritto di essere rimborsato delle spese necessarie fatte per conservare le cose dotali. La somma da rimborsare si toglie dalla dote medesima, sicchè questa è *ipso iure* diminuita (o). Perchè questo diritto fosse dato al marito, conviene che le spese fossero state di qualche importanza, o che vi fosse stato pericolo di deteriorazione delle cose dotali; non si vogliano nel medesimo tempo comprendere le spese ordinarie di mantenimento, poichè queste sono di suo obbligo (p). Per le spese utili la dote non può essere ritenuta dal marito, né ritardata la restituzione, soltantochè questi potrà averne rimborso per mezzo dell' *actio mandati* o *negotiorum gestorum contraria* (q). Per le spese di lusso il marito ha solamente il *ius tollendi* (r).

(n) L. 7. pr. §. 1. — L. 10. §. 1. 2. — L. 47. 55. de iure dot. (23. 3.). — L. 5. 6. 7. pr. 8. 12. L. 31. §. 4. h. t. (24. 3.). — L. un §. 7. 9. C. de rei ux. act. (5. 13.). *Iust.* Foetus autem iumentorum et omnia, quae fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii, sive aestimata, sive non aestimata sint. Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debere assignari, commune utriusque actionis est, in rebus scilicet non aestimatis. Aestimata num enim rerum maritus quasi emtor et commodum sentiat, et dispendium subeat, et periculum expectet. — L. 20. C. de iure dot. (5. 12.).

(o) L. 5. §. 1. 2. de impensis in res dot. (25. 1.). — L. 15. eod. (25. 1.). *Nerat.* Quod dicitur impensas, quae in res dotales necessariae factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id est in ea causa sit; nam tueri res dotales vir suo sumtu debet, alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data, et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio, et agrorum quoque cultura dotem minuent; omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt. Sed ipsae res ita praestare intelliguntur, ut non tam impendas in ea, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris. — L. un. §. 5. C. de rei ux. act. (5. 13.). — §. 37. Inst. de act. (4. 6.). — confr. L. 56. §. 3. de iur. dot. (23. 3.).

(p) L. 79. pr. de V. S. (50. 16.). — L. 1. 4. 12. 14. pr. 15. 16. de impens. (25. 1.). — L. 5. eod. *Ulp.* Quod dicitur, necessariae impensas dotem minuire, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter diminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus; etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet, desinere esse fundum dotalem, vel partem eius: manebit igitur maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat; non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessariae. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint; ceterum, si extrinsecus; non imminuent dotem.

(q) L. 79. §. 1. de V. S. (50. 16.). — L. 5. §. 3. L. 6. 7. §. 1. L. 10. L. 14. §. 1. de impens. in res. dot. (25. 1.). L. 7. §. 1. *Ulp.* Quarum utiles non minuunt ipso iure dotem, verum tamen habent exactionem.

(r) L. 7. pr. — L. 9. 11. pr. 14. §. 2. eod. — L. 9. *Ulp.* Pro voluptuariis impensis, nisi pa-

Col diritto del rimborso delle spese necessarie va congiunto ancora quello del trasferimento delle obbligazioni che il marito ha dovuto accollarsi riguardo agli oggetti dotali senza colpa da parte sua (s).

III. Affinchè colui a cui è dovuta la restituzione possa esser sicuro del suo diritto, è data un' azione personale contro il marito o gli eredi di lui diretta alla restituzione della dote. Quest'azione si determina secondo la natura del patto di restituzione fermato nell' atto che costituì la dote; è un' *actio ex stipulatu* ovvero un' *actio praescriptis verbis*, secondo che v' intervenne stipulazione o no (t). Coloro i quali avevano diritto di ripetere la dote *ipso iure*, nel diritto anteriore da Giustiniano avevano un' azione personale di buona fede appellata *rei uxoriae actio* in opposizione dell' *actio ex stipulatu* di stretto diritto, ammessa in caso che si fosse dal costituente stipulata la restituzione. L' *actio de dote* o l' *actio rei uxoriae* poteva esser prodotta solamente dal padre o dalla moglie stessa, ma non dai loro eredi. Giustiniano apportò questa modificazione, che avendo concessa l' *actio de dote* anche agli eredi, la chiamò pure *actio ex stipulatu* senza però cambiare il suo carattere di buona fede (u).

Perchè tale azione produca i suoi effetti conviene innanzi tutto provare la costituzione della dote. Se fu costituita per promessa, e colui che chiede la restituzione è il promettente stesso, è mestieri provi che la sua promessa fu adempiuta (v). Contro un documento di pagamento, che non fosse una perfetta quietanza, il convenuto ha la *querela* o l' *exceptio non numeratae dotis* pel corso di un anno o tre mesi dallo scioglimento dal matrimonio, secondochè questo durava due anni o più, ma non di là di 10 anni. Se il marito che ha la facoltà di produrre questa querela è minore, gli si danno altri 12 anni di tempo; gli eredi hanno solamente un

rata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur; nam si vult habere mulier, redere ea, quae impensa sunt, debet marito, aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem. Ceterum si non recipiant, relinquendae sunt, ita enim permittendum est marito auferre ornatum, quem posuit, si futurum est eius, quod abstulit. — L. un. §. 5. C. de rei ux. act. (23. 13.).

(s) L. 16. de imp. (23. 1.). — L. 35. solut. matr. (24. 3.). *Paul.* Quum mulier de dotis repetitione post solum matrimonium agit, cavere debet marito, qui aedium nomine damni infecti cavit, si velit eam recipere, et periculum mariti amoveat.

(t) L. un. §. 7. C. de rei ux. act. (5. 13.).

(u) §. 29. iust. de act. (4. 6.). *Fuerat autem et rei uxoriae actio una ex bonae fidei iudiciis. Sed quum plenior esse ex stipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in exstipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, traustulimus, merito, rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; preferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, quum ipsa mulier de dote sua experietur, cuius solius providentia hoc induimus.*

(v) L. 1. C. de dot. caut. non numer. (5. 15.).

anno di più dopo la morte del marito minore; e se sono anch'essi minori hanno cinque anni dippiù dopo la morte del marito (x).

Oltre di quell'azione la donna per sicurezza della sua dote ha l'ipoteca legale sopra tutti i beni del marito (y), la quale comincia dal tempo della costituzione, o secondo i casi, della numerazione della dote (z). In forza di questo diritto si possono pretendere gli oggetti della dote con l'azione ipotecaria anche prima degli altri creditori del marito. Giustiniano dava oltre a ciò alla donna la facoltà di produrre l'azione di proprietà appena sciolto il matrimonio, o durante il medesimo, nel caso d'insolvenza del marito, senza distinguere se la dote fosse stimata o no. Quest'azione era diretta contro qualunque possessore delle cose dotali, mentre l'ipotecaria assicurava la dote contro qualunque creditore che avesse potuto avere egual diritto sopra i beni stessi del marito (aa).

ANNOTAZIONI

(1) Si è fatta questione se al padre competa il diritto di chiedere la restituzione anche quando la figlia fosse stata emancipata. Egli è certo che nel diritto classico non si poteva negare questo diritto al padre nemmeno dopo l'emancipazione, e di ciò fanno fede molte leggi che furono anche accettate nelle Pandette (bb); ma che poi questa regola valesse pure nella legislazione giustiniana, come molti antichi e recenti scrittori pretendono, è del tutto inesatto, quando s'interpretano convenientemente le parole della legge un: §. 13. C. de rei ux. act. (5. 13.) (cc).

La lettura accurata di questa legge farà chiaro che il padre non può ripetere la dote, quando la figlia sia emancipata. Giustiniano stabilisce, che quando la dote è costituita da un estraneo, e non ne è stipulata la restituzione, deve presumersi come se la donna l'avesse stipulata per sè, di guisa che non l'estraneo, ma ella o i suoi eredi avranno facoltà d'intentare l'*actio ex stipulatu*; quindi il legislatore definisce la parola *estraneo*, dicendo: «*Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum adscendentem et in potestate dotatam personam habentem*; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus ». Egli è chiaro che secondo questa legge il parente che non ha più la patria potestà è equiparato all'estraneo, e però non compete a lui l'*actio ex stipulatu*, ma bensì alla donna emancipata o agli eredi di lei (dd); aggiungasi che un'altra legge determina espressamente lo stato di figlia di famiglia quale condizione, affinché il padre potesse usare dell'*actio*

(x) L. 14. C. de non num. pec. (4. 30.). — L. 3. C. de dote cant. (5. 15.). — Nov. 100. c. 1. 2.

(y) L. un. §. 1. de rei ux. act. (5. 13.). §. 29. Inst. de act. (4. 6.). — ved. not. (n).

(z) L. 19. §. 2. C. de donat. ante nupt. (5. 3.). *Iust. Iura etiam hypothecarum, quae in augenda dote vel donatione fuerint, ex eo tempore initium accipiant, ex quo eadem hypothecae contractae sunt, et non a prioris dotis vel ante nuptias donationis tempore referantur.*

(aa) L. 30. C. de inr. dot. (5. 12.).

(bb) L. 71. de evict. (21. 2.). — L. 5. de divort. (24. 2.). — *Ulp. frag. VI. 4. — fragm. Vat. §. 108.*

(cc) Ved. *Thibaut*, §. 747. (9. ediz.). — *Rudorff*, §. 371. — *Puchta*, Lezioni II. pag. 263.

(dd) Ved. *Zimmern*, Storia del diritto I. pag. 622.

ex stipulatu per la restituzione della dote. L. 4. C. *solut. matr.* (5. 18.). *Alexander*: « Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier *filiafamilias*, ad patrem *trem redire debet* ».

(2) In quanto ai frutti da restituire con la dote, e alla partizione de' medesimi avvi qualche difficoltà. Specialmente se il corso del matrimonio stesse in mezzo a due periodi di frutti, dei quali il primo fosse cominciato avanti il matrimonio, l'ultimo non fosse compiuto, quando questo fu sciolto. La regola generale stabilita in questo caso è che si debbano prendere in considerazione ambidue i periodi di frutti, ossia le raccolte de' due anni. Dato, a cagion d'esempio, che il matrimonio fosse stato celebrato al 1.º maggio 1863 e si fosse data per dote una vigna, sciogliendosi alla fine di dicembre del medesimo anno, nella divisione dei frutti deve badarsi tanto alla vendemmia del 1863, che il marito ha veramente fatta, quanto a quella del 1864; poichè il matrimonio ha durato 6 mesi in un periodo di frutti, e due nell'altro: *fructuum toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur* (ee).

Una controversia è stata, ed è ancora disputatissima nelle scuole per l'interpretazione del §. 1. della legge 7 di Ulpiano *solutu matrimonio*; nella quale il romano giurista cita un'opinione di Papiniano su questa materia. Egli propone il caso di uno che ha celebrato il matrimonio al 1.º ottobre e ricevuto per dote una vigna; egli ne raccoglie tutto il frutto, e al 1.º novembre la dà in fitto; poscia nell'ultimo giorno di gennaio del seguente anno il matrimonio si scioglie, dopo aver durato solo quattro mesi, un mese in un periodo di frutti, tre mesi nell'altro. La decisione è questa: *vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debent, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*. Le opinioni sull'interpretazione di questa sentenza di Papiniano sono svariatissime, ma le principali sono le seguenti (ff).

L'opinione più antica è che si dovrebbe sommare tutta la vendita della vendemmia ed un quarto del fitto, e del tutto dare il terzo al marito, quale sua rata de' frutti (gg).

Un'altra opinione stabilisce che in questo caso al marito spetti soltanto $\frac{1}{12}$ della vendemmia ed $\frac{1}{4}$ del fitto (hh).

Dalla prima interpretazione, quantunque sembrasse fondata sulle parole della legge, pure nasce tale errore di calcolo che fa chiara la sua inesattezza. Imperocchè, sommandosi tutta la raccolta della vigna ed un quarto del fitto, si avranno 15 mesi di frutti, di cui dandosi un terzo al marito, avrà questi 5 mesi di frutti, mentre il matrimonio è durato soltanto 4 mesi. La opinione comunemente accettata e più confacente allo spirito della legge suddetta è quella di *Duareno*; essa non è in contraddizione con le parole di Papiniano, le quali dovrebbero esser tradotte così: la rendita della vendemmia ed un quarto del fitto devono esser in guisa tale confusi che un terzo spetti al marito. E di vero il problema era di determinare per quattro mesi la parte de' frutti spettante al marito; la sua *tertia portio*.

(ee) L. 5. 6. *solutu matrim.* (24. 3.).

(ff) Ved. *Glück*. XXVII. pag. 292.

(gg) Ved. *Cujac*. op. omn. IV. pag. 283. — *Hasse*, *Comment. de variis eorum sententiis*, qui in explan. — L. 7. §. 1. *solut. matr.* *vulgatam interpretationem reliquetur*. Bon. 1827. — *Puchta*, *Lezioni*, II. 267.

(hh) *Duaren. disput.* 1. 60. — *Donell*. XIV. 7.

Diritto romano.

Per compor la quale adunque, alla rendita di tre mesi del nuovo fitto, *quarta portio fructuum novissimi anni*, si aggiunga per proporzionare il tutto alla durata del matrimonio un mese della vendemmia precedente, e i quattro mesi di frutti corrisponderranno così a' quattro mesi del matrimonio: o con altre parole Papiniano forma la terza parte de' frutti dovuta al marito con un quarto di fitto, ed un duodecimo di vendemmia (ii).

§. 112.

B. Della donazione per nozze.

T. C. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias (5. 3.).

1) La *donatio propter nuptias*, detta *ante nuptias* prima di Giustiniano, è un istituto simile alla dote, e consiste in quello che il marito od altri per lui mette in comune per sostenere i pesi del matrimonio; o altrimenti è la dote del marito. Questa donazione unitamente alla dote costituisce tutto il patrimonio dotale. Così la donna che porta la dote, può pretendere tale donazione dallo sposo o dal padre di lui, ed in egual proporzione della dote, così che se questa cresce o diminuisce, si accresce o diminuisce anche la donazione (a). Prima di Giustiniano la donazione per nozze dovea farsi forzatamente prima del matrimonio, ma dall' ultimo riformatore del diritto fu considerata la donazione valida anche quando si facesse dopo il matrimonio, ma per lo scopo anzidetto: onde il nome di *donatio propter nuptias*, invece dell' altro *donatio ante nuptias*.

2) Benchè grandemente uguale alla dote sembri nei suoi principii la *donatio propter nuptias*, non la si può però dire strettamente simile; e di fatti questa, come la dote, aumenta bensì il patrimonio della famiglia, ma resta nelle mani del marito, non passa alla moglie, nè le dà nessun utile diretto: e quel che è più, sciolto il matrimonio, non ha quella donazione neppure una delle conseguenze della dote, anzi il nome totalmente ne svanisce.

3) Pure alle volte questa donazione ha importanza effettiva per la moglie. Ella, qualora il marito cada in povertà, può da ogni terzo possessore, e dal marito stesso rivendicare le cose donate (b): lucra ancora la donazione, quando per colpa di lui si sciogla il matrimonio; e generalmente in tutti quei casi, che il marito quale superstite avrebbe, dopo lo scioglimento del matrimonio, lucrata la dote, la moglie superstite similmente lucrerà la donazione; solo avendo figliuoli, avrà la proprietà d'una porzione virile, e l'usufrutto delle altre (c).

(ii) Ved. Puchta, o. c. — Vangerow, l. §. 220.

(a) Nov. 74. c. 4. — Nov. 97. c. 1. 2. — Nov. 117. c. 4. — conf. Nov. 91. c. 2.

(b) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.). — Nov. 61. c. 1. §. 3.

(c) Nov. 123. c. 3.

§. 113.

C. Delle donazioni tra coniugi.

T. D. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1.). — T. C. de donat. inter vir. et uxor. (3. 16). — Grasm. t. VII. — Savigny, Sist. IV. pag. 165.

1) Le donazioni fatte vicendevolmente tra i coniugi durante un valido matrimonio sono nulle (a). Questa misura è giustificata dal principio che non è lecito di spogliarsi a vicenda per reciproco amore; perchè i matrimoni non fossero venali; perchè il peggiore de' coniugi non si arricchisca dalle sostanze del migliore, ed in fine perchè la concordia familiare non si comprasse a prezzo. Da questo principio nasce che le cose donate, ancorchè vi fosse stata tradizione, non si trasmettono nella proprietà del donatario, nè nel possesso civile; cosicchè si potranno rivendicare le cose esistenti, e se consumate, si potrà ripeterne il prezzo con la *condictio sine causa*. I frutti raccolti mediante le proprie fatiche si potranno ritenere dal donatario, il quale potrà esimersi dall' azione rivendicatoria offrendo il valore degli oggetti avuti (b). Per lo stesso principio la promessa di donazione non dà facoltà al donatario ad azione veruna, e la liberazione di un debito fatta per mezzo di una simile donazione è considerata come non fatta (c).

2) Questa teoria ebbe una profonda modificazione dalla *Oratio Settimii Severi*, la quale stabilì, che tali donazioni, di nessun valore durante il matrimonio, si convalidano dopo la morte del donatore, dato che questi non avesse cambiato volontà durante la vita, e non avesse preso altre disposizioni, e dato anche che la donazione fosse invalida pel solo motivo del matrimonio (d).

(a) L. 1. 3. §. 1. L. 35. 64. 65. h. t. *Ulp.* Moribus apud nos acceptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, et profusa erga se facilitate. — L. 3. Haec ratio, et oratione Imperatoris nostri Antonini Augusti electa est, nam ita ait: *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.*

(b) L. 17. pr. — L. 26. pr. h. t.

(c) L. 3. §. 10. L. 3. §. 1. 3. h. t. *Ulp.* Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quidquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet; ipso enim iure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.

(d) L. 22. §. 3. 3. h. t. — Novel. 162. c. 1. — L. 25. C. h. t. (§. 16.).

Alcune donazioni tra coniugi sono per eccezione valide dal principio, e specialmente:

a) quelle, il cui adempimento cade dopo lo scioglimento del matrimonio (e);

b) quelle che si fanno per riedificare edificii incendiati o ruinati (f);

c) quelle che non mostrano il concetto stretto della donazione, cioè l'arricchimento del donatario e l'impovertimento del donante; possono esser valide adunque le donazioni reciproche, la remissione di un diritto di pegno, ed il ripudio che fa l'un coniuge in favore dell'altro di un'eredità o di un legato (g);

d) le donazioni fatte dall'Imperatore a sua moglie (h).

ANNOTAZIONE

Oltremodo quistionato è se una promessa di donazione si convalida dopo la morte del coniuge donatore. Ultimamente furono pubblicate molte dissertazioni in Germania per sostenere opposte opinioni, e fra gli altri il *Wächter* nega che tale promessa si convalidi; mentre altri come il *Puchta* e *Savigny* ne affermano la validità dopo la morte come per le donazioni già effettuate (i).

A voler decidere questa questione secondo il diritto classico è forza andare nell'opinione del *Wächter*; e le parole del senatoconsulto, dal quale fu introdotta questa convalidazione senza dubbio si riferiscono alle donazioni effettuate: *Ait Oratio: fas esse, cum qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse*. L. 32. §. 2. h. t.

Che questo passo del senatoconsulto parli del caso che la donazione fu già eseguita, è comprovato dalle altre parole dell'*Oratio* che si leggono nella medesima legge 32 al paragrafo 14: *Qui donatum accepit*. Gli stessi giuristi romani si opponevano all'opinione che il senatoconsulto comprendesse ancora le promesse di donazione, ed Ulpiano nella legge 23 ripete una sentenza di Papiniano su ciò: « Papinianus recte putabat, Orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere; deni-

(e) L. 9. §. 2. — L. 10. 12. 60. §. 1. — L. 62. 66. pr. h. t. *Ulp.* Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt; — L. 10. *Gai.* Quia in hoc tempus excurrat donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt.

(f) L. 14. h. t. *Paul.* Quod si vir uxori, cuius aedes incendio consumtae sunt, ad refectio-nem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum aedificii destructio postulat.

(g) L. 5. §. 13. 16. — L. 7. §. 2. h. t. *Ulp.* Si vir et uxor tantundem quin invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumserit, recte placuit, compensationem fieri donationum; et hoc Divus Hadrianus constituit. — L. 5. §. 13. *Idem.* Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Iulianus scripsit libro septimo decimo Digestorum, donationem valere; neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura.

(h) L. 26. C. h. t.

(i) Ved. *Wächter*, nell'archivio civile XVI. pag. 107. — *Zimmern*, storia del diritto I. 602. — *Savigny*, I. c. pag. 183. — *Puchta*, nel Museo del Reno, VI. pag. 372.

« que si stipulanti spocondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem » mariti, licet durante voluntate maritus decesserit ».

Nè può accettarsi la congettura del *Puchta*, che vi sieno due senatoconsulti, l'uno di *Settimio Severo*, che riguarderebbe le donazioni effettuate, l'altro di *Antonino*, che si riferirebbe ancora alle promesse (k). Questa congettura non regge alla storia, imperocchè *Caracalla*, nominato anche *Antonino*, negli ultimi anni di suo padre *Severo*, essendogli collega nell'impero, recitò la detta *Oratio*: onde si fa chiaro quel passo de' frammenti Vaticani, che l'attribuisce ad entrambi: *Maximi principes nostri suaserunt* (l), e quella *L. 3. C. h. t.*, che dice: *ex mea, et Divi Severi, patris mei constitutione*, ed altri luoghi che ora *Settimio* ora *Antonino* chiamano autore della costituzione sopraddeita (m). Nè più vera è l'interpretazione che il *Savigny* propone della legge 23 anzi citata; poichè secondo lui non tutta la sentenza di *Papiniano* è ivi accettata, ma solo che l'*Oratio* appartenga ad *rerum donationem*: l'altra opinione di non comprendersi la semplice promessa, *Ulpiano* non l'accetta, ma solamente riferisce — L'interpretazione è sottile troppo, per non dir cavillosa — Certamente il principio di *Papiniano* è di restringere l'*Oratio* alle donazioni rerum: Se dunque *Ulpiano* approvava questo, non poteva non approvare il resto, che n'è conseguenza legittima.

Alla nostra opinione sono opposti altri argomenti tratti da alcuni passi dei giureconsulti. Così dalla legge 32 h. t. dello stesso *Ulpiano* pensano di ricavar meglio il pensiero di questo giurista, le cui parole nel §. 1., sono: « *Oratio Imperatoris nostri non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt, et obligatio sit civilis* ». Qui adunque non solo ripete, come nella legge 23 citata di sopra, le donazioni già seguite doversi convalidare, ma con le parole *obligatio sit civilis* chiaramente afferma che la promessa ancora si fa valida civilmente, e genera un'azione. Certo così può intendersi: ma un'altra spiegazione può ancora darsene, la quale, poichè non discorda dalla dottrina generale, è, a parer nostro, da preferire. Non potrebbe forse *Ulpiano* intender la cessione animo donandi fatta dal marito, di un'obbligazione, di cui egli fosse creditore verso altri? Che ivi si dica, il senatoconsulto riferirsi alle donazioni tutte, non dà nessuna forza all'opinione contraria: considerando specialmente che la parola *donatio*, secondo il diritto antico, denota propriamente la donazione effettuata (n), come si rileva dal §. 23 della stessa legge 32: « *Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici, donationem effectum habituram* ». Qui si parla delle donazioni rerum, e della remissione di un debito, la quale remissione non è già una promessa, ma una donazione già seguita: nè, se *Ulpiano* avesse voluto comprendere in questo passo la sola promessa, avrebbe mancato di esprimerlo.

Un altro argomento in loro favore è tratto ancora da *Ulpiano*, le cui parole nel pr., e nel §. 2 della legge 33, sono queste: « *Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest. Sed si manente matrimonio de cepisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse*

(k) *L. 23. 32. h. t.*

(l) *Fragm. Vat. §. 294.*

(m) *L. 23. 32. h. t. — L. 10. C. t. Fragg. Vat. §. 276.*

(n) *Ved. Bücking. Istituzioni I. pag. 436.*

« dici, stipulationem confirmari ex senatusconsulto §. 2. Et si forte maritus ab uxo-
re stipulatus sit id annuum, decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum
« erit, ex Oratione donationem convalescere ». Veramente questo passo sembra av-
valorare di molto la contraria opinione, poichè si stabilisce che gli eredi del marito
debbono continuare a pagare alla moglie la rendita annuale da lui promessa. Ma
questa, anzi che una regola, è da tenere come eccezione al principio stabilito nella
legge 23 già riferita, e giustamente, poichè trattandosi di simile rendita, non vi sono
tante donazioni per quanti sono i termini assegnati del pagamento, ma il complesso
delle rendite tutte forma una sola ed unica donazione: *Stipulatio tamen una est* (o).
Si può ben dire che la moglie, avendo ricevute annualmente le prime rendite, si
trovi già in possesso della donazione, e sarebbe *durum et avarum* se gli eredi, mor-
to il marito senza mutar proposito, cessassero dal pagare le annualità susseguenti:
la ratificazione di tale promessa è appieno giustificata.

Da ultimo dicono i nostri oppositori, che i Romani mercè l'*Oratio Antonini* con-
sideravano le donazioni tra i coniugi non contraddette alla morte, quali *mortis cau-
sa donationes* (p), e potendo queste esser fatte per stipulazione così bene, come per
tradizione, una donazione tra i coniugi, anche solamente stipulata, per la sopradde-
tta finzione si convalida (q). Quest'argomento nasce da una petizione di principio. Im-
perocchè, pigliando quella finzione origine dall' *Oratio*, non tutte le donazioni tra i
coniugi debbono considerarsi come fatte *mortis causa*, ma quelle solo che per l' *O-
ratio* si convalidano: ora dimostrato che le promesse non si hanno per rate col solo
silenzio, non si potranno giammai tener queste quali *mortis causa donationes*.

Ma questa dottrina da noi esposta ha solamente valore storico, poichè Giusti-
niano nel capo 1° della Novella 162 fermò, che ancora la promessa di donazione si
convalida dopo la morte del coniuge donatore, la cui volontà non abbia receduta (r).

§. 114.

D. Delle cose involate dai coniugi fra loro.

T. D. de actione rerum amotarum (23. 2.).

Se da un coniuge furono all' altro involati degli oggetti, al danneg-
giato la legge non dà l' *actio furti*, ma gli concede un' azione *rei perse-
cutoria* da prodursi dopo lo scioglimento del matrimonio (a). Pel furto

(o) L. 33. §. 7. de mort. caus. donat. (39. 6.).

(p) L. 32. §. 7. 8. h. t. — Fragm. Vat. §. 294.

(q) Savigny, I. c. pag. 188.

(r) Vangerow, I. §. 223.

(a) L. 1. h. t. *Paul.* Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam,
quae uxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne qui-
dem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam fa-
cere, aliis, ut Sabino et Proculo, furtum quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti
non esse actionem constituto iure: in qua sententia et Iulianus rectissime est. — L. 2. eod.
Gai. Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur. — L. 3. §. 2. h. t. —
conf. L. 2. C. h. t. (3. 21.).

commesso da uno dei coniugi all' altro, o a colui sotto la cui potestà si trova l'altro, nella speranza di ottenere lo scioglimento del matrimonio (b), il Pretore, volendo salvare il decoro di entrambi, dette l'*actio rerum amotarum*. Quest' azione è prodotta dal coniuge offeso e suoi eredi, se lo scioglimento del matrimonio succede, contro l'altro; e tende a conseguire la restituzione delle cose involate con ogni loro pertinenza: l'azione è però una *condictio rei persecutoria* somigliante alla *condictio furtiva* (c).

Se il furto seguì senza l' intenzione di far nascere uno scioglimento, ma prevedendo la morte dell' altro coniuge, ed il matrimonio di fatti si sciogla, compete alla parte offesa un' *actio rerum amotarum utilis* (d).

Nel caso che il furto fosse commesso prima del matrimonio, ovvero si fosse rubata una persona, della quale l'altro coniuge diventasse erede, allora questi potrà dirigere contro il coniuge ladro la *condictio furtiva* (e).

La medesima azione può essere prodotta anche contro gli eredi, i quali saranno condannati in quanto si arricchirono delle cose involate; ma, se queste trovansi in ispecie, si può esercitare la *rei vindictio* (f).

L' *actio rerum amotarum* dev' essere prodotta sempre dopo lo scioglimento del matrimonio, tranne in un sol caso, e proprio quando il coniuge avesse involato cose, delle quali l' altro coniuge dovea rispondere verso un terzo; giacchè allora quest' azione può esser prodotta anche durante il matrimonio (g).

(b) L. 6. ff. §. 1. L. 13. §. 1. L. 17. §. 1. L. 21. pr. L. 23. 30. h. t. — L. 13. §. 1. *Ulp.* Uxor, et uxor, et pronurus viro, et socero et prosocero furtum facere possunt; furti autem non tenentur, nisi forte emancipatus sit filius, tunc enim uxor patri eius et furtum facit et furtum tenetur. — L. 25. *Marcian.* Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint, et secutum divortium fuerit; sed si in matrimonio uxor marito res subtraherit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest, nam iure gentium condici potest res ab his, qui non ex iusta causa possident.

(c) L. 17. §. 2. L. 21. §. 3-6. L. 26. eod. *Paul.* Rerum amotarum actio damnum repraesentat, etiamsi postea dotis exactio competat. §. 4. Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est. §. 5. Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet; et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva. Praeterea et heredibus competit. — L. 26. *Gai.* Rerum amotarum actio condictio est.

(d) L. 21. pr. eod. *Paul.* Si mulier quum de viri vita desperasset, surreptis quibusdam rebus divortisset, si convalescit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est.

(e) L. 3. §. 2. eod. *Paul.* Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei, cui heredes simus, furtum fecit, vel nobis, atquequam nuberet; tamen propter reverentiam personarum in utroque casu furtivam tantum conductionem competere, non etiam furti actionem, dicimus.

(f) L. 6. §. 4. h. t. *Paul.* Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut conductionis nomine ex causa furtiva. — L. ult. C. h. t. *Dioclet. et Maximian.* De rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, quod si res extant, dominii vindicatione uti non prohiberis.

(g) L. 22. §. 4. C. de furtis (6 2.).

§. 115.

E. Delle pene private a cagione delle seconde nozze.

T. C. de secundis nuptiis (§. 9.); — si secundo nupserit mulier (§. 10.). — Nov. 22. c. 22-48.

Per diritto antico appena sciolto il matrimonio poteva contrarsene un altro, anzi la legge Giulia e Papia Poppea prescriveva il secondo matrimonio dopo sciolto il primo, applicando alla persona vedovata le pene del celibato. Per l' influenza del Cristianesimo si ebbe maggior considerazione ai figliuoli del primo letto, in favore dei quali furono determinate pene private a carico del *pater* o del *parens binubus*. Queste pene furon dette *poenae secundarum nuptiarum*.

1) Il *coniux binubus* perde la proprietà dei lucri nuziali, che sono tutte quelle cose che ha potuto acquistare dall' altro coniuge mediante un atto di liberalità, non solo, ma è da chiamare lucro nuziale anche la dote, che in qualche caso può lucrare il marito, e la *donatio propter nuptias* che può aver acquistata la donna (a). La proprietà di questi beni ricade ai figliuoli del primo letto secondo l' ordine della successione legale, sieno essi addivenuti o no eredi dei loro genitori; ma non va ai figliuoli ingrati (b). La proprietà di questi beni può esser devoluta anche ai nipoti, ma solamente quando essi sieno addivenuti eredi del loro padre o della loro madre (c). Stando a questo principio qualunque alienazione dei lucri nuziali è nulla, quantunque fatta prima della celebrazione del secondo matrimonio, cosicchè qui ha luogo un *dominium revocabile ex tunc*. I figliuoli del primo letto potranno rivendicare le cose medesime dopo la morte del *coniux binubus*; ma se tutti morirono senza discendenza, l'alienazione si convalida; mentre è sempre nulla quando i figliuoli del primo letto sopravvivono al loro *parens binubus* (d). Se il coniuge non lucrava dal primo matrimonio la proprietà, ma solamente l' usufrutto, non viene a lui pregiudizio alcuno dalle seconde nozze, laddove prima per un'altra costituzione imperiale era il contrario (e). Parimente i figliuoli del secondo letto hanno diritto alla proprietà della dote o della *donatio propter nuptias* che il *binubus* lucra dal secondo matrimonio, quand' anche egli non vada a novelle nozze: sendo ciò stabilito per uguagliare la sorte dei figli tra loro (f).

(a) Nov. 22. c. 30.

(b) Nov. 22. c. 22-26.

(c) N. 22. c. 21.

(d) Nov. 22. c. 26.

(e) Nov. 22. c. 32. — L. un. C. si secund. nupt. (§. 10.).

(f) Nov. 22. c. 29.

2) Colui che contrae un secondo matrimonio non può della sua proprietà lasciare al secondo coniuge, sia per atto tra vivi sia per l'ultima disposizione, più di quello che ricevè il meno benificato dei figliuoli della prima unione; se vi è contravvenzione a ciò si rileva dallo stato del matrimonio del *binubus* dopo la sua morte; trovandosi che per qualsivoglia atto egli abbia concesso al secondo coniuge più di quello che questa determinazione prescrive, l'eccesso era diviso egualmente tra i figliuoli del primo matrimonio (g).

3) Se egli come fedecommissario deve sotto condizione o in determinato tempo trasmettere l'eredità dei suoi immediati ascendenti ai figliuoli del primo letto, passando a seconde nozze non è più liberato dalla cauzione *legatorum servandorum* (h).

II. Quanto alla donna che si rimarita, le pene sono alquanto più severe a causa delle peculiari circostanze in cui ella si può trovare.

1) Perchè si potesse determinare la legittimità dei figli e non vi fosse dubbio alcuno su ciò, la donna fu obbligato a mantenere un anno di lutto dopo lo scioglimento del matrimonio. La vedova che non osserva questa determinazione è dichiarata infame, e decade da tutti i vantaggi che le provengono dal primo matrimonio. Essa oltre a ciò non può costituire al marito una dote maggiore della terza parte del suo patrimonio, nè lasciargli per ultima disposizione più di questa; non può acquistare per testamento di un estraneo, ed è esclusa dalla successione *ab intestato* di colui, che l'è congiunto in un grado più lontano del terzo (i).

2) La madre, la quale sia divenuta erede *ab intestato* di un figlio insieme coi fratelli di quest'ultimo, passando a seconde nozze, perde la proprietà della sua porzione in favore de' coeredi, e serba per sè solamente l'usufrutto. Se la successione del figlio si apre dopo la celebrazione del secondo matrimonio, fin dal principio non le spetta che il solo usufrutto (k).

3) La madre *binuba* ha ancora più ristretta la facoltà di revocare una donazione (l).

4) Da ultimo la donna che passa a seconde nozze perde la tutela de' proprii figliuoli, come ancora il diritto della loro educazione; e finalmente si applicano per lei le medesime pene della trasgressione dell'anno di lutto, quando rimaritandosi non chiede un altro tutore pe' proprii figliuoli, non ha dato i conti, nè ha adempito agli obblighi della tutela (m).

(g) L. 6. C. h. t. Nov. 22. c. 27. 28.

(h) Nov. 22. c. 41. — L. 6. §. 1. C. ad SC. Trebell. (6. 49.).

(i) L. 1. de his qui not. inf. (3. 2.); — ved. §. 24. not. (z). — Nov. 22. c. 22. 40. — Nov. 94. c. 2. — L. 4. C. ad SC. Tertull. (6. 56.).

(k) Nov. 22. c. 46. — confr. Nov. 2. c. 3.

(l) L. 7. C. de revoc. don. (8. 56.). — Nov. 22. c. 35. §. 66.

(m) Nov. 22. c. 38. 40. — Nov. 94. c. 2. — L. 1. C. ubi dup. (5. 49.).

§. 116.

VI. Dello scioglimento del matrimonio.

1) Il matrimonio originandosi dall' *affectio maritalis* si può sciogliere involontariamente, e volontariamente. Esso si scioglie per motivo indipendente dall' umana volontà nei seguenti casi :

a) Per morte di uno dei coniugi; la conseguenza più importante per la moglie è il rispetto dell' anno di lutto (§. 115).

b) Per la prigionia di guerra, ma quando v' hanno prove tali che fanno credere impossibile il ritorno del prigioniero: così la moglie di costui allora poteva rimaritarsi con altri, quando aveva atteso invano per cinque anni (a); pure se il prigioniero tornasse, anche celebrato il secondo matrimonio, questo era considerato nullo (b).

2) Lo scioglimento può seguire volontariamente e piglia il nome di divorzio. Nell'antico diritto questo non era solo possibile, ma discendeva naturalmente dai principii. E di vero consistendo nell' *affectio maritalis* il matrimonio durava tanto per quanto permaneva l' *affectio* medesima, cosicchè la clausola *non licet divertere* in un atto matrimoniale, era affatto di nessun momento. Giustiniano circoscrisse in più angusti limiti la facoltà di sciogliere il matrimonio ad arbitrio delle parti (*divortium bona gratia*), determinando tassativamente i motivi che potevano dar diritto di chiederne lo scioglimento (c), quantunque Giustino con un' altra Novella introducesse di nuovo l' antico diritto (d). I motivi determinati da Giustiniano pel marito contro la moglie sono: il caso di adulterio; le insidie contro la vita; l' andare la moglie in bagno con altri uomini senza il consenso di lui; l' assentarsi dalla casa maritale contro la volontà del marito, e l' andare senza licenza ai giuochi pubblici (e). La moglie può domandare il divorzio: se il marito si fè reo di alto tradimento; se le tese insidie o tentò di farla cedere alle voglie di altri uomini; se falsamente l' accusò di adulterio; o se tiene una concubina (f).

3) Il divorzio non solo fu ristretto in questi limiti, ma producea effetti importanti sul patrimonio dei coniugi che si sciolgono dal nodo matrimoniale. Una pena privata è inflitta a quel coniuge, che ha dato giusto motivo all' altro di chiedere il divorzio; ed in questa misura :

(a) L. 6. de divort. (24. 2.). — L. 12. §. 4. de captivis (49. 15.).

(b) Nov. 117. c. 11.

(c) Nov. 117. c. 10. — Nov. 134. c. 11.

(d) Nov. 140.

(e) Nov. 117. c. 9.

(f) Nov. 117. c. 9.

a) La donna colpevole perde in favore del marito quella dote che sarebbe spettata a lei dopo lo scioglimento naturale del matrimonio. Se poi non ha dote o non dev' essere a lei restituita, perde la quarta parte del suo patrimonio, sebbene questo quarto non potesse mai eccedere le 100 libbre di oro; ma se è convinta d' adulterio, la pena si eleva alla perdita di un terzo.

b) L' uomo che ha dato motivo alla moglie di chiedere il divorzio, perde in favore di essa la *donatio propter nuptias*, ed in mancanza di questa il quarto del suo patrimonio con la stessa limitazione che per la donna; come anche la pena per lui puossi elevare al terzo se accusò la moglie falsamente di adulterio, o se teneva a sè una concubina. Se vi sono figli di questo matrimonio, essi avranno la proprietà de' beni perduti dal colpevole, ed il coniuge innocente ne avrà l' usufrutto (g).

c) Oltre ciò ciascun coniuge perde pel divorzio tutti quei vantaggi patrimoniali che gli sarebbero pervenuti dallo scioglimento naturale del matrimonio per la morte; poichè si suppone che quello che un coniuge ha disposto in favore dell' altro per atto di ultima volontà, sia stato fatto nel caso che il matrimonio si sciogliesse per morte e non per divorzio (g).

APPENDICE VII.

Il diritto romano fin dai più antichi tempi ha riconosciuto sempre un solo matrimonio civile col nome di *iustum matrimonium*, *iustae nuptiae*; ma il suo carattere è stato differente secondo i diversi tempi. Dal principio si conosce sotto una doppia forma, cioè *matrimonium cum conventione in manum mariti*, e *sine conventione*, secondochè la donna dipendeva dalla potestà del marito o di colui che la esercitava su quest' ultimo, ovvero, *sine conventione*, restava nella sua famiglia naturale. Essenziale al matrimonio è l' unione personale della donna con l' uomo; ora poichè secondo i principii dell' antico diritto la donna a cagion del suo sesso avea mai sempre bisogno di guida e patrocínio, il matrimonio con la convenzione in *manum mariti* corrisponde esattamente alle idee di quel tempo. Ma quando si voleva che il matrimonio avesse per conseguenza la *manus*, faceva d' uopo celebrarlo in una forma solenne determinata dalle leggi.

Tre erano le forme di matrimonio da cui nasceva la dipendenza della donna dalla potestà del marito, ed erano la *confarreatio*, la *coemptio* e l' *usus*.

1) La *confarreatio* era la consacrazione del matrimonio per mezzo delle cerimonie ieratiche, durante le quali ambidue gli sposi mangiavano una focaccia di farro in presenza di dieci testimoni. Il matrimonio celebrato con questa solennità avea per iscopo di rendere i figli nascituri idonei all' esercizio di certe funzioni sacerdotali; onde essa era una forma tutta patrizia.

(g) Nov. 22. c. 1. 2. — Nov. 117. c. 8. 9.

(g) L. 62. §. 1. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.). — L. 49. §. 6. de legatis (32.). — L. 3. de auro (34. 2.). — confr. L. 11. §. 10. de donat. int. vir. et uxor. (24.).

2) Era la *coemptio* una solennità simile alla compra per mancipazione; questa forma era comune anche ai plebei.

3) L'*usus* era un matrimonio celebrato mediante il possesso matrimoniale di un anno, come pel possesso delle cose mobili; tranne quando la donna per tre notti successive (*trinoctium*) si assentava dall'abitazione del marito, perchè in questo caso il matrimonio restava senza la *manus mariti*.

Le conseguenze del matrimonio con la convenzione in *manum mariti* erano le seguenti. Sebbene la donna portasse l'onorifico nome di *materfamilias*, era nondimeno considerata *filiaefamilias loco*, donde naturalmente discende la più rigorosa dipendenza personale dal marito, alla giurisdizione del quale è sottomessa; e se mai questi fosse anche egli sottoposto alla patria potestà di un altro, la donna seguiva sempre lo stato di lui, ed era sottoposta alla potestà di colui che la esercitava sul proprio marito; in nessun caso restava indipendente. Essendo figlia di famiglia non poteva avere un patrimonio a sè.

Onde il marito succedeva *per universitatem*, ossia in proprietà di lui cadeva non solo tutto ciò che la donna portava seco nella nuova famiglia, ma quello ancora che essa avrebbe potuto mai acquistare. D'altra parte era necessario che come figlia di famiglia le si desse un perfetto e pieno diritto alla successione del marito; imperocchè in forza della *manus* ella avea perduto ogni legame di agnazione, e però ogni diritto di successione della sua famiglia naturale.

Nel matrimonio senza la convenzione in *manum mariti* la donna rimaneva nelle relazioni della sua famiglia, e quindi rimpetto al marito serbava la sua personale indipendenza; e se gli era sottomessa era questa una soggezione morale quale si conveniva al carattere del matrimonio determinato dal *ius gentium*. Per la qual cosa, se la donna era *alieni iuris*, rimaneva sotto la potestà di suo padre, mentre se era, *sui iuris*, ella custodiva la proprietà delle sue cose divise perfettamente da quelle del marito. Se non che dovendo menare vita comune era necessario stabilire una certa comunità di patrimonio: di qui la necessità degl'istituti giuridici conosciuti col nome di dote e *donatio* in quel tempo *ante nuptias*, i quali insieme formavano il patrimonio matrimoniale.

Le forme del matrimonio civile andarono a poco a poco sempre più perdendo d'importanza, ed il matrimonio per *usus* fu il primo a cadere come poco adatto alle nuove idee, che dal sesto secolo pigliavano vita in Roma; e quando il Romano uscì dall'angusta cerchia della sua famiglia e del suo municipio, le antiche forme vennero totalmente meno, e già al tempo degli imperatori sparì con esse la *conventio* in *manum mariti*. L'ultima a finire fu la *confarreatio* a causa della relazione che vi era tra questa forma di matrimonio ed alcuni istituti religiosi; ma si può asseverare che da Augusto e Tiberio in poi non rimase della *confarreatio* che la semplice forma senza che originasse più la *conventio* in *manum mariti*.

Sotto Augusto un plebiscito detto legge Giulia *de fundo dotali* determinò meglio lo stato patrimoniale de' coniugi oramai di persona indipendenti. La dote che poteva convenirsi nel matrimonio libero dell'antica *manus* era trasferita in piena proprietà del marito, che avea l'obbligo di sopportare i carichi del matrimonio; quindi egli poteva esercitare un impero assoluto su quei beni, ed alienarli, se voleva; ma la legge Giulia restrinse il diritto di proprietà del marito, proibendo l'alienazione del fondo dotale, e stabilendo ch'era interesse pubblico di serbare la dote alla moglie per un secondo matrimonio. Il qual principio messo avanti da quella leg-

ge per disegno politico, fu poscia a gran misura fruttuoso nella giureprudenza romana: perocchè sovr'esso lavorando, si giunse da ultimo ad affermare la moglie proprietaria dei beni dotali anche durante il matrimonio, come si vede nella riforma novissima.

CAPITOLO II.

DELLA PATRIA POTESTÀ.

§. 117.

I. Carattere generale della patria potestà.

Questa potestà che nell'antico diritto voleva dire potenza illimitata del padre sopra il proprio figliuolo, contenendo anche il diritto di alienazione ed il *ius vitae et necis*, nel diritto ultimo in ciò che riguarda le relazioni personali tra padre e figlio, tuttora si distingue per alcune determinazioni morali e giuridiche che nel complesso formano l'istituto, come oggi s'intende, della patria potestà. In forza del quale istituto il padre non più illimitatamente come prima, ma condizionalmente ha il diritto della educazione ed una autorità disciplinare sopra il proprio figliuolo (a); può *propter nimiam paupertatem* vendere il figlio appena nato ancora *sanguinolentum*; ha diritto di dare il consenso pel matrimonio del figlio; di nominare il tutore, e d'istituire un erede pel figliuolo impubere (b).

La patria potestà ha pure una grande importanza sul patrimonio, ed in questo rapporto si fa manifesto il principal carattere giuridico di questa relazione di famiglia.

Infine il padre può far valere il diritto della sua potestà contro ogni terzo, che contraddica al suo esercizio, e lo fa valere per mezzo di vindicazione o coll'interdetto *de liberis exhibendis*, o con l'*interdictum de liberis ducendis*. Egli potrà usare del suo diritto contro il figlio stesso il quale pretenda di essere *sui iuris*, e qui egli fa uso di un'azione pregiudiziale appellata comunemente *actio de patria potestate*; mentre dall'altra parte colui che vuol difendere il suo stato come *paterfamilias* ha per sè un'*actio de patria potestate negativa*, o *actio de statu familiae* (c). In questa lite il padre come attore ha l'obbligo di provare l'origine della sua patria potestà, come p. e. la legittima nascita del figliuolo; all'opposto la parte contraria, ha l'obbligo di provare l'estinzione della potestà medesima, a che può servire il fatto che il padre lo lasciò vivere di vita indipendente (d).

(a) L. 3. §. 5. de liberis exhibendis (43. 30.). — L. 3. 4. 10. C. de patr. pot. (8. 47.).

(b) L. 2. C. de patr. qui fil. distr. (4. 43.). — L. 2. de ritu nupt. (23. 2.). — L. 1. de test. tut. (26. 2.). — L. 2. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

(c) L. 1. §. 2. de rei vind. (6. 1.).

(d) L. 8. de probat. (22. 3.). — L. 1. C. de patr. potest. (8. 47.).

§. 118.

II. Relazioni tra padre e figli riguardo al patrimonio.

T. C. de donat. inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis (5. 16).

I figliuoli messi sotto la potestà del loro padre formano con lui nei casi determinati dalla legge una *unitas personarum*. Secondo il diritto romano antico il figlio di famiglia per virtù di questa unità personale, allora di un valore assoluto, non era idoneo ad avere patrimonio; tutto quello che egli acquistava, era *ipso iure* acquistato dal padre. Il figlio di famiglia da questo lato era simile allo schiavo, con la sola differenza che quegli poteva contrarre obbligazioni civili, laddove ciò non era possibile per quest' ultimo.

1) Poteva il padre solamente concedere al figliuolo, come il padrone allo schiavo, una parte del suo patrimonio in separata amministrazione (*peculium*), sebbene questo peculio non uscisse mai dalla proprietà del padre, anzi continuasse ad esserne come sempre parte integrante.

2) Una modificazione a questa regola fu apportata dalle costituzioni imperiali, per quei beni che il figlio di famiglia acquistava pel servizio militare. Questi beni eran detti *peculium castrense*, al quale fu equiparato un altro detto *peculium quasi castrense*; rispetto ai quali il figlio di famiglia è considerato come *paterfamilias*. Un altro simile temperamento al diritto antico fu messo da Costantino pe' beni materni, dagli altri imperatori per alcuni altri acquisti (*bona materni generis*), e finalmente da Giustiniano per tutto ciò che il figlio di famiglia acquistava d'altronde che dal padre. Su' quali acquisti fu riconosciuto per lui il diritto di proprietà, e ne fu dato al padre solamente l' usufrutto e l' amministrazione.

3) Da ciò risulta essere nel diritto romano novissimo fondata questa massima: tutto ciò che il figlio di famiglia acquista dal padre, è, e rimane sempre nella proprietà di questo: e però nulle sono le donazioni tra padre e figlio, sebbene possano divenir valide dopo la morte del primo (a): ma ciò che il figlio acquista da tutt' altra parte, è suo proprio: quantunque l' amministrazione e l' usufrutto ne ricada al padre.

4) Queste profonde modificazioni cambiarono, non v' ha dubbio ,

(a) L. 1. §. 1. pro don. (41. 6.). *Paul.* Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat filius, pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit. — L. 18. pr. C. fam. ercis. (3. 36.). *Dioelet. et Maxim.* Filiae, cuius pater nomine res comparavit, si non postea contrarium iudicium probetur, per arbitrium dividendae hereditatis praecipuus adiudicari, saepe rescriptum est.

grandemente lo stato del figlio di famiglia, ma la massima che non vi può esser negozio giuridico tra padre e figlio è ancora sostanzialmente mantenuta nella legislazione di Giustiniano. Se al figlio fu dato un peculio, possono sopr'esso sorgere rapporti obbligatorii tra padre e figlio, ma questi daranno origine solamente ad obbligazioni naturali (b); le quali hanno piena efficacia durante la patria potestà solamente rimpetto a terze persone, e tra padre e figlio dopo cessata quella potestà (c).

5) Neanche pei beni avventizii lo stato del figlio di famiglia è cambiato, talchè egli è sempre in perfetta dipendenza da suo padre, come se non avesse patrimonio. Se il padre gli lascia il godimento di cotesti beni, si reputa come se avesse dato a suo figlio qualche cosa del proprio; e morto il genitore, o terminata in modo qual si sia la patria potestà, purch' egli non abbia prima revocata la sua concessione, o disposto altrimenti dei frutti, il figlio li lucra senz'altro come donazione irrevocabile (d).

6) Perfette sono le relazioni civili tra padre e figlio sopra il peculio castrense e quasi castrense, poichè da questo lato il figlio è considerato come padre di famiglia (e).

7) Il legame di patria potestà fa nascere pel figlio il diritto di rappresentare il padre, e principalmente il diritto di *suità* o di legittima discendenza, in quanto che il figlio ha diritto dopo la morte del padre di succedergli *ipso iure* senza bisogno di accettazione dell'eredità.

(b) §. 6. Iust. de inut. stipul. (3. 19.). Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris, qui tuo iure subiectus est, vel si is a te stipuletur. — L. 2. pr. de contrah. emt. (18. 1.). Ulp. Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensibus potest. — L. 4. de iudiciis (5. 1.). *Gas.* Lis nulla vobis esse potest cum eo, quem in potestatem habemus, nisi ex castrensi peculio. — L. 7. de O. et A. (44. 7.). — L. 3. §. 7. — L. 11. §. 2. — L. 52. 56. de pecul. (15. 1.).

(c) L. 10. §. 2. de fidei. et maud. (46. 1.). Ulp. Filiusfamilias pro parte poterit fideiubere, nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, deinde, quod et dum in potestate manet condemnari potest. — L. 56. §. 1. de fideiuss. (46. 1.). — L. 38. §. 1. de condict. iud. (12. 6.).

(d) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

(e) Ved. uot. (b). — L. 42. §. 3. de acquir. hered. (29. 2.). — L. 15. §. 1. 2. de cast. pecul. (19. 17.).

A. Dei peculii.

§. 119.

1) Del peculio profettizio.

T. D. de peculio (15. 1.).

1) Quella parte di patrimonio, che dal padre è data al figlio di famiglia, e che in certa guisa forma un patrimonio distinto dal paterno, chiamasi peculio nello stretto significato di questa parola, o peculio profettizio: e perchè fosse legalmente costituito è necessaria la concessione, sia anche tacita del padre, e la separazione perfetta dal suo patrimonio (a). Oltre alla parte del patrimonio data dal padre, appartiene ancora al peculio profettizio tutto quello che a cagion di esso acquista il figlio di famiglia, e quello ancora che da un terzo gli vien dato a questo scopo (b).

2) Il figlio di famiglia ne ha solamente la proprietà di fatto e non quella di diritto, o per meglio dire, la sola amministrazione; il padre ne ha la vera proprietà e l'usufrutto, e potrà riprender a suo arbitrio le cose componenti il peculio (c). Quindi morto il figlio di famiglia non si potrà far parola di successione, ma il peculio finisce, confondendosi nel patrimonio, e ricadendo sotto l'amministrazione del padre; similmente se questi venisse a morire, il peculio, quantunque amministrato dal figlio, farà parte integrale della massa ereditaria paterna; ma per contrario, se nell'atto dell'emancipazione il padre non abbia ritirato il peculio, questo rimane in proprietà perfetta del figlio (d).

(a) L. 4. pr. §. 2. h. t. *Pomp.* Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit summa servi rationem discernens; nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit, animadvertendum est non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit.... §. 2. Ex his apparet, non quid servus ignorante domino habuerit, peculii esse, sed quid volente; alioquin et quod surripuit servus domino, fiet peculii, quod non est verum. — L. 7. §. 1-3. h. t. — L. 8. eod. *Paul.* Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit, aut cum apud eum esset, pro tradito habuit; desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem simul atque noluit, peculium servi, desinit peculium esse.

(b) L. 1. §. 5. — L. 4. de acqu. possess. (41. 2.). *Paul.* Item acquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est; et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui iis peculium habere permiserimus. — L. 40. h. t. (15. 1.).

(c) L. 7. §. 13. — L. 46. 48. — L. 8. h. t.

(d) L. 38. de cond. indeb. (12. 6.). — L. 31. §. 2. de donat. (39. 5.). — L. 17. C. de donat. (8. 54.). — L. 53. h. t. *Paul.* Si Stichus peculium, quum manumitteretur, ademptum non est, videtur concessum; debitores autem convenire, nisi mandatis sibi actionibus, non potest. — Nov. 81. c. 1.

Con la facoltà data al figlio di amministrare va congiunta quella di contrarre co' terzi legami obbligatorii, pigliare provvedimenti, e fare no-vazioni; e, se gli fu concessa piena amministrazione, la facoltà pure di alienare (e).

3) Da un altro aspetto il peculio profettizio può essere riguardato come se fosse di proprietà del figlio; giacchè se questi contrae debiti, il padre è obbligato a soddisfare i creditori sino alla somma del peculio; inoltre per costituzione di Claudio fu stabilito, che qualora i beni del padre vengano sequestrati dal fisco per debiti, quella parte, che forma il peculio profettizio, resta sicura in proprietà del figlio (f).

§. 120.

2) Del peculio castrense e quasi castrense.

T. D. de castrensi peculio (49.17.). — C. de castrensi peculio militum et praefectia-norum. (12. 37.). — C. de castrensi omnium palatinorum peculio (12. 31.).

I. Tutto quello che il figliuolo di famiglia riceve dal padre, dai pa-renti e dagli amici quando imprende la carriera militare, ed anche tutto quello che egli stesso guadagna nel corso della milizia, come il soldo, il bottino e simiglianti, chiamasi peculio castrense (a).

1) Specificatamente formano questo peculio:

a) le cose mobili donategli da' congiunti e dagli amici al primo entra-re in campo (b);

b) ciò che acquista da coloro, coi quali a causa della milizia è in re-lazione, sia che l' acquisti per atto tra vivi, sia per ultima disposizione di

(c. L. 34. pr. de nov. (46. 2.). *Gai.* Dubitari non debet, quin filius servusque, cui admi-nistratio peculii permissa est, novandi quoque peculiaria debita ius habeat; utique si ipsi sti-pulentur, maxime si etiam meliorem suam conditionem eo modo faciant. Nam si alium iubeant stipulari, interest, utrum donandi animo alium iubeant stipulari, an ut ipsi filio servove nego-tium gerat; quo nomine etiam mandati actio peculio acquiritur.

(f) L. 3. §. 4. in f. de min. (4. 4.). *Ulp.*... Aliquo casu ad filium peculium spectet, ut puta si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt; nam peculium ei ex constitutione Claudii separatur. — L. 1. §. 4. quando de pecul. (15. 2.).

(a) L. 11. h. t. *Macer.* Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia acquisit, quod, nisi militaret, acqui-siturus non fuisset, nam quod erat et sine militia acquisiturus, id peculium eius castrense non est. — L. 1. C. h. t. (12. 37.). — L. 3. 4. pr. 6. h. t. — L. 4. C. famil. erc. (3. 36.).

(b) L. 3. §. 4. de don. inter. vir. et uxor. (24. 1.). *Ulp.* Secundum haec, si mater filio, qui in patris potestate est, donet, nullius momenti erit donatio, quia patri quaeritur; sed si in castrensa eunti filio dedit, videtur valere, quia filio quaeritur, et est castrensis peculii; quare et si filius, vel privignus, vel quivis alius potestati mariti subiectus de castrensi suo peculio dona-vit, non erit irrita donatio. — L. 6. 11. h. t. — L. 4. C. fam. ercisc. (3. 36.).

volontà (c). Se il testatore è un parente, l'eredità lasciata al soldato sarà acquistata *occasione militiae*, sol quando entrambi stieno sotto le armi, e il testamento sia fatto *post commilitium* (d);

c) l'eredità che la moglie lascia al soldato: la quale Adriano con un suo rescritto fece entrare nelle cose castrensi.

2) L'immenso divario che distingue questo dagli altri peculii è, che in quanto concerne questi beni il figlio di famiglia, sia rispetto a' terzi, sia allo stesso padre, è considerato qual padre famiglia. Da ciò segue ch'egli ha piena facoltà di amministrare, di disporre, di contrarre vincoli obbligatorii senza che potesse valere l'eccezione del SC. Macedoniano; e finalmente di disporne anche per atto di ultima volontà (e).

3) Pure nel diritto classico per singolarità il peculio castrense era considerato come profetizio, quando il figlio di famiglia moriva senza aver disposto nulla di quel suo peculio; questo cadeva al padre *iure peculii* quasi fosse profetizio. Giustiniano tolse questo diritto speciale del padre, lasciandogli il solo diritto di ereditarlo *iure comuni*, ossia nel caso che il figlio di famiglia non lasciasse nè discendenti, nè collaterali (f).

II. Al peculio castrense fu pareggiato l'altro *quasi castrense*, e consiste in quei beni che il figlio di famiglia acquista come assessore e per

(c) L. 5. 8. h. t. *Ulp.* Miles filiusfamilias a commilitone, vel ab eo, quem per militiam cognovit, heres institutus et citra iussum patris suo arbitrio recte pro herede geret. — L. 1. 4. C. h. t. (12. 37.).

(d) L. 16. §. 1. L. 19. h. t. *Papin.* Hereditatem castrensi peculio non videri quaesitam respondi, quam frater patruelis in alia provincia, stipendia merens fratri patrueli, cum quo nunquam militavit, reliquit; sanguinis etenim ratio, non militiae causa meritum hereditatis accipiendae praebuerat. — L. 4. C. eod.

(e) *Pr. Inst.* quib. non permit. fac. test. (2. 12.). Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii, qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo, quidem, ut quamvis parentes iis permiserint, nihilomags iure testari possint; exceptis iis, quos ante enumeravimus, et praecipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere: quod quidem ius initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti, quam Nerva, nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. — L. 1. in fin. C. h. t. (12. 37.). — L. 2. de S. C. Maced. (14. 6.). — L. 4. §. 1. L. 5. 15. §. 1-4. h. t. *Papin.* Si stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio; ceterum ex qualibet alia causa non tenebitur. §. 2. Si pater a filio stipulatur eadem distinctio servabitur. — L. 19. §. 2. eod. — L. 2. 3. C. h. t. — L. 4. de iud. (5. 11.). *Gai.* Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio. — L. 2. pr. de cont. emt. (18. 1.).

(f) L. 2. h. t. Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur, si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium. — *pr. Inst.* quib. non est. perm. fac. test. (2. 12.). . . . Itaque, si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint: si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitis, ad parentes eorum iure communi pertinebit. — *confr.* Nov. 118. c. 2.

qualunque altro pubblico ufficio (g); ovvero in quello che guadagna per propria attività come nell'avvoceria e nel sacerdozio: e finalmente in ciò che ha dalla generosità dell' imperatore e dell' imperatrice (h).

§. 121.

3) Del peculio avventizio regolare ed irregolare.

T. C. de bonis maternis et materni generis (6. 60.); — de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur et eorum administratione (6. 61.). — *Scip. Gentilis*, Liber de bonis maternis et adventitiis, op. omn. tom. II. — *Marzoll*, Revisione del così detto peculio avventizio, Giornale di Giessen. VIII. pag. 58. ss. — *Lauterbach*, De usufructu paterno in diss. acad. tom. III. N.º 140.

I. Ogni acquisto del figlio di famiglia, il quale non procede *ex substantia patris*, e non appartiene al peculio castrense, nè al quasi castrense, è un peculio avventizio regolare (1). Su questi beni il figlio di famiglia ha la nuda proprietà, mentre il padre in virtù della patria potestà ne ha l'amministrazione e l'usufrutto (a). Tale amministrazione è piena, e però

(g) L. 7. C. de assess. (1. 31.). — L. 37. C. de inoff. test. (3. 28.). *Iust.* . . . In castrensisbus etenim peculiiis introducta est et alia subdivisio, et peculii triplex invenitur causa. Vel enim paganum est peculium, vel castrense, vel quod medietatem inter utrumque obtinet, quod quasi castrense nuncupatur. In tali igitur peculio, quod quasi castrense appellatur, quibusdam personis licentia conceditur condere quidem testamenta, sed non quasi militibus, quo voluerint modo, sed communi, et licito, et consueto ordine observando, quemadmodum constitutum fuerat in consulis et praefectis legionum et praesidibus provinciarum et omnibus generaliter, qui in diversis dignitatibus vel administrationibus positus a nostra consequuntur manu, vel ex publicis salariis quosdam largitates. — L. 6. C. h. t. (12. 37.).

(h) L. un. C. h. t. (12. 31.). — L. 4. C. de advoc. (2. 7.). — L. 34. C. de episcop. et cler. (1. 3.). — Nov. 123. c. 19. — L. 7. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

(a) L. 1. 2. h. C. h. t. (6. 60.). — L. 4. 6. pr. — L. 6. pr. C. de bon. quae lib. (6. 61.). *Iust.* Cum oportet similem providentiam tam patribus quam liberis deferri, invenimus autem in veteris iuris observatione multas esse res, quae extrinsecus ad filiosfamilias veniunt, et minime patribus acquiruntur, quemadmodum in maternis bonis, vel quae ex maritali lucro ad eos pervenerint, ita et in his, quae ex aliis causis filiosfamilias acquiruntur, certam introducimus definitionem. Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi adquisierit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscumque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad usumfructum solum acquirat, et eorum usufructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiosfamilias inhaereat, ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus causis filiosfamilias acquisitarum rerum. Sic etenim et parenti nihil derogabitur, usumfructum rerum possidenti, et filii non lugebunt, quae ex suis laboribus sibi possessa sunt, ad alios transferenda adspicientes, vel ad extraneos vel ad fratres suos, quod etiam gravius multis esse videtur; exceptis castrensibus peculiiis, quorum nec usumfructum patrem vel avum vel proavum habere veteres leges concedunt; in his etenim nihil innovamus, sed vetera iura intacta servamus, eodem observando etiam in his peculiiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensis peculii accesserunt. — L. 8. pr. eod.

il padre non è obbligato a prestare cauzione, nè per tutto il tempo che dura il diritto può essere costretto a rendere i conti o a rispondere di nulla (b): nondimeno, avendo egli l'usufrutto, è obbligato agli obblighi di qualunque usufruttuario (c). Con la piena amministrazione egli non ha però la facoltà di alienare gli oggetti del peculio, salvo se vi fosse necessità imperiosa, o se le cose alienate fossero di quelle, che conservandole andassero irrimediabilmente a perdersi (d). Qualunque alienazione fatta dal padre è dunque di nessun momento, ed il figlio di famiglia potrà sempre rivendicare le cose alienate dopo cessata la patria potestà; da questo punto solamente comincia a prescrivarsi l'azione che gli compete (e).

Il figlio non ha sopra i beni avventizii nessun diritto oltre alla nuda proprietà, e, finchè la potestà patria dura, gli è negato anche il diritto di poterne disporre per ultima volontà, benchè dall'altra parte è chiamato a dare il suo assenso per una lite sulle cose avventizie (f).

Se al figlio di famiglia sia deferita un'eredità, questa delazione avrà sua piena efficacia, quando l'eredità sarà accettata dal padre e dal figlio; se al contrario è rifiutata dal padre, potrà il figlio acquistarla, negando naturalmente al padre i diritti che nascono dalla patria potestà, che sono l'amministrazione e l'usufrutto; se poi è rifiutata dal figlio, potrà essere acquistata dal padre in pieno diritto con la medesima efficacia, come se secondo l'antico diritto fosse stata acquistata dal figlio per suo comando (g) (2).

II. L'eredità acquistata contro la volontà del padre, i beni di un altro figlio di famiglia ereditati insieme con lui, e finalmente qualunque lascito o donazione fatta al figlio a condizione che il padre non abbia nessuno o solo alcuni dei diritti che vengono dalla patria potestà, sono eccettuati dal regolare peculio avventizio, per ciò appunto che non si originano sopra i diritti sopraccennati, ed il loro insieme si nomina peculio avventizio irregolare o straordinario (h).

Rispetto a questi beni il figlio di famiglia non vale certamente come padre di famiglia, non avendo facoltà di disporne per atto di ultima volontà; ma pure essi vengono riguardati come sua libera proprietà, ed egli può pretenderne l'amministrazione (i).

(b) L. 6. §. 2. — L. 8. C. eod.

(c) L. 1. C. h. t. (6. 60.).

(d) L. 1. C. cit. — L. 8. §. 4. S. C. h. t. (6. 61.).

(e) Nov. 22. c. 24. — L. 1. §. 2. C. de ann. except. (7. 40.).

(f) L. 8. §. 3. S. h. t. (6. 61.).

(g) L. 8. pr. §. 1. C. (6. 61.).

(h) L. 8. pr. §. 1. 2. C. h. t. (6. 61.). — Nov. 118. c. 1. 2. — Nov. 117. c. 1.

(i) Nov. 117. c. 1. §. 1. — L. 8. pr. C. h. t. (6. 61.).

ANNOTAZIONI

(1) Ha qualche Scrittore asserito che il peculio avventizio regolare sia formato di quei beni che non appartengono al peculio profettizio, castrense, e quasi castrense. Questa definizione negativa è troppo ampia, e ci porterebbe a comprendere nel peculio avventizio regolare anche i lucri nuziali, che il marito perde in favore dei figli a causa di un secondo matrimonio o del divorzio; questi beni al contrario devono essere del tutto separati da quelli che possono formare un tale peculio. L' errore di comprendervi anche questi beni è nato dalla casuale similitudine ch'essi hanno con quel peculio, in quanto che la proprietà cade ai figli, e l'usufrutto ne rimane al padre; ma qualora ben si ponderino le parole della legge 6. C. h. t. (6. 61.), si vedrà che non può essere giustificata quella definizione; la proprietà dei lucri nuziali spettante ai figli debbesi ritenere in certo modo come proprietà libera, quasi non fossero quei figli sotto la patria potestà. Non dovendo adunque questi beni far parte del peculio avventizio, ne deriva la conseguenza, che non si potranno applicare ad essi le medesime e particolari regole del peculio: e specialmente cessando la patria potestà, termina il diritto che è dato al padre sul peculio avventizio suddetto, ma non termina quello che ha sui lucri nuziali, di cui ha perduta la proprietà in favore dei figli: così dandosi il figlio in adozione, i diritti di patria potestà sul peculio avventizio passano al padre adottante, ma restano di pieno diritto al padre naturale quei che gli vengono dai perduti lucri nuziali.

Si è preteso ancora che quando altri dà alcuna cosa al figlio di famiglia per riguardo al padre o col consenso di questo, quel che è dato entra nel peculio profettizio, ed a sostegno di questa opinione adducono molti passi tratti dalle Pandette. Queste leggi però qui non valgono per nulla: dappoichè esse decidono che quando il servo acquista qualche cosa *contemplatione domini*, acquista pel padrone, ancorchè egli stia in usufrutto presso un terzo (k). Come si vede, da questi passi non si può cavare nessuna regola pel caso nostro.

Lo stesso conto è da fare del §. 1. Inst. per *quas personas* (2. 9.), poichè quand'anche in questo luogo le parole *quod ex patris occasione profectum est* vogliano significare il peculio profettizio, esse indicano lo stesso, che le parole *ex re patris*, come prova la frase *ad patrem reverti*. Quando poi si consideri bene la definizione che dà Giustiniano nella legge 6. C. h. t. (6. 61.) not. (a), la quale corrisponde perfettamente a quello che il terzo può dare *occasione patris*, si vedrà che trattasi di peculio avventizio regolare.

(2) Controverso è ancora quando cessi l'usufrutto del padre sul peculio avventizio. La regola generale da tutti accettata è questa: poichè l'usufrutto sul peculio avventizio prende capo dal diritto di patria potestà, non appena in qualunque maniera cessa cotesta potestà, il diritto dell'usufrutto non avrà più ragion di essere.

A questo principio si fa eccezione quando la patria potestà termina per emancipazione, giacchè il padre ritiene la metà dell'usufrutto del peculio avventizio qual

(k) L. 21. 22. de usufr. (7. 1.). Ulp. . . . Et in omnibus istis, si quidem contemplatione fructuarii aliquid ei (servo legato) relictum vel donatum est, ipsi acquirunt; sin vero proprietarii, proprietarii; si ipsius servi, acquiruntur domino. — L. 19. §. 1. de pecul. (15. 1.). — L. 43. §. 4. de acq. vel amit. hered. (29. 2.).

praemium emancipationis (l), invece della terza parte, che il padre riteneva in pieno dominio secondo la costituzione di Costantino.

Così quando il figlio di famiglia muore lasciando eredi tali, che mettono il padre fuori dell'eredità, gli si concede in compenso di godere l'usufrutto vita durante (m). Ma quel principio generale si dovrà accettare nel caso di una *plena adoptio*, poichè anche qui i diritti che nascono dalla patria potestà passano al padre adottivo come colui che acquista la detta potestà. Ciò è stato contrastato in questi ultimi tempi da molti giuristi, i quali pretendono che i diritti sul peculio avventizio restino in tal caso presso del padre naturale e non passino all'adottivo (n).

Abbiamo ragione di credere che simile opinione sia erronea. Certo è che essa manca di legale autorità, e basta enunciare i principii di questa dottrina per vedervi chiaro. L'usufrutto dato al padre di famiglia ha per unica e sola origine la patria potestà, mancando la quale, quel diritto non si potrebbe giustificare; è vero che nelle eccezioni preallegate dura tutto l'usufrutto o parte, ancora quando la patria potestà è cessata: ma giusto perchè sono eccezioni, non sono ricavate dal principio generale, ed è stata necessaria una speciale determinazione, che pel caso nostro manca del tutto nelle leggi. Secondo il principio generale non è quella opinione giustificabile, e non è una eccezione, perchè avrebbe dovuto esser dichiarato dal legislatore; essa manca adunque di valido fondamento. Affatto insufficiente è l'argomento addotto per sostenerla. Nel diritto antico, essi dicono, quando il padre in virtù della patria potestà diveniva proprietario dei beni così detti avventizii, di questa proprietà non poteva ammettersi trasmissione al padre adottivo; ora avendo l'usufrutto oggi preso il posto del diritto di proprietà, devesi accettare la medesima conseguenza. Giusta questo principio si dovrebbe, per essere logici, accettare che l'usufrutto, come il primitivo diritto di proprietà, a cui è succeduto, non cessasse mai per qualsiviasa estinzione della patria potestà, il che è assurdo; dippiù in questo argomento si è totalmente confusa la natura della proprietà con l'usufrutto; la prima è acquistata una volta per sempre, mentre l'acquisto dell'usufrutto si riproduce in ciascun momento « *usufructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur (o)* ».

Non hanno mancato pure di mettere innanzi la durata a vita dell'usufrutto, aggiungendo che la trasmissione di esso è incompatibile con la qualità della servitù, ch'è personale; si risponde facilmente che qui non si tratta del trasferimento dell'usufrutto, chè anzi l'usufrutto esistente in virtù della patria potestà termina con questa, e sorge per contrario un novello usufrutto legale pel padre adottivo.

(l) L. 6. §. 3. C. h. t. (6. 61.). *Inst.* Quum autem Constantiniana lege cautum erat, si filii familias ab his, qui eos in potestate habent, nexu paterno per emancipationem liberentur, debere patrem tertiam partem bonorum, quae acquiri non solent, quasi remunerationis gratia a filio accipere vel retinere, et ex hac causa iterum pars non minima substantiae liberorum adimebatur, sancimus, huiusmodi casu interveniente et emancipatione liberis imposita, non tertiam partem domini rerum minime acquisitarum, sed dimidiam usufructus apud maiores, qui emancipationem donant, residere; exceptis et in hoc casu castrënsibus et quasi castrënsibus tantummodo pecuniis, quibus nihil nec ex hac causa diminuitur. — §. 2. *Inst.* per quas pers. (2.9.).

(m) L. 3. 4. 6. §. 1. C. h. t. (6. 61.). — Nov. 118. c. 1.

(n) *Wening-Ingenheim*. Giorn. di Giessen l. 17. — *Marezoll*, o. c. pag. 312.

(o) L. 1. §. 3. de usufr. accresc. (7. 2.).

§. 122.

B. Delle relazioni del padre e del figlio riguardo ai terzi.

T. Inst. quod cum eo contractum est (4.7.). — T. D. quod cum eo qui in aliena potestate est (14. 5.). — C. h. t. (4. 26.).

1) Il figlio di famiglia può perfettamente obbligarsi verso i terzi come un padre di famiglia, sia che le obbligazioni nascono da contratti, sia che emergono da delitti; soltanto, se egli è impubere, non lo potrà validamente, neppure quando il padre vi abbia interposta la sua autorità (a).

Sebbene il figlio di famiglia si sia legalmente obbligato, l'esecuzione di una sentenza contro di lui può avere efficacia sol quando ha un peculio castrense, quasi castrense, od un peculio avventizio irregolare; e, se è convenuto dopo terminata la patria potestà, ha il *beneficium competentiae* (§. 96.).

Quando egli contrae obbligazioni e sopra il peculio militare e fuori di esso, tanto i creditori su quel peculio, quanto gli altri hanno egual diritto: ma nondimeno coloro che contrassero col figlio di famiglia prima che addivenisse militare, devono essere posposti agli altri creditori; e se un creditore può produrre contro il padre un'*actio de in rem verso*, si potrà pretendere ch'egli non tocchi il peculio castrense (b).

2) Per le obbligazioni del figlio di famiglia il padre non può essere in nessun modo tenuto, salvo tre casi, nei quali può restare obbligato pel figlio o in tutto il montare dell' obbligazione (*in solidum*), o limitatamente: i casi sono: 1) quando il figlio si stringe in legami giuridici per comando di lui; 2) quando da lui fu dato un peculio profettizio; o veramente fu assegnata una parte de' proprii beni per un' impresa commerciale; 3) finalmente quando l' obbligazione fu rivolta in vantaggio di lui. Per tali ragioni il creditore del figlio potrà produrre le sue azioni contro

(a) L. 141. §. 2. de V. O. (45. 1.). *Gai.* Pupillus licet, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur; pubes vero, qui in potestate est, proinde, ac si paterfamilias, obligari solet. — L. 57. pr. de iud. (5. 1.). *Ulp.* Tam ex contractibus, quam ex delictis, in filiumfamilias competit actio. — L. 39. de O. et A. (44. 7.).

(b) L. 1. §. 9. de separat. (42. 6.). *Ulp.* Si filiifamilias bona veneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque, videamus. Simul ergo admittuntur, dummodo si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari; quod puto probandum. Ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensis distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, quum possit potius cum patre experiri.

il padre; le quali allora pigliano nome ciascuna dal motivo che la origina: così *actio quod iussu, de peculio, actio tributaria* e *de in rem verso*.

3) In quanto alle obbligazioni che vengono da delitti, il padre non può per nulla esservi tenuto, ed il figlio sarà condannato non altrimenti che come sarebbe un padre di famiglia.

§. 123.

1) Dell' azione *quod iussu*.

T. D. *quod iussu* (15. 4.).

L'azione *quod iussu* nasce quando il figlio di famiglia contrae rapporti di obbligazione co' terzi per volontà del padre. È d' avvertire che per *iussus* in questo luogo non bisogna comprendere il comando strettamente preso, ma è sufficiente un accordo tra il padre ed il terzo per dare origine a questa azione (a).

Essa spetta al terzo creditore, ed è prodotta contro il padre per tutta la somma dell' obbligazione; poichè si reputa come se il terzo fosse entrato in obbligazione diretta col padre. Quest' azione però non è diretta ma utile, perchè il terzo aveva l'azione nascente dalla natura del contratto conchiuso, contro il figlio di famiglia; è dunque per la sola finzione che egli abbia contrattato col padre, che gli è data sotto questo nome la medesima azione che deriva dalla contratta obbligazione.

ANNOTAZIONE

Sul *iussus*, che dà origine a quest' azione, i giuristi non sono di accordo.

1) È controverso se il comando o l'assenso del padre di famiglia debba essere indirizzato al figlio o al terzo contraente.

Tre opinioni si sono tenute: la prima, seguita dagli antichi, mantiene che l'assenso dev' esser dato proprio al figlio, perchè si possa dir nata l'azione *quod iussu*; l'altra, sostenuta principalmente dal *Thibaut* (b) la reputa fondata in ambidue i casi, e finalmente due giuristi moderni *Kritz* e *Schmid* (c) accordano l'azione solamente, quando il padre, dando l'assenso, si sia diretto in special modo a chi contrae col figlio. Basta considerare per poco i fonti per accettare pienamente l'opinione del *Thibaut*; l'ultima è affatto insussistente. E di vero lo stesso nome dell'azione prova che essa fu introdotta nel caso che il padrone od il padre avesse ingiunto allo schiavo

(a) §. 1. 8. in f. *Inst. quod cum eo* (4. 7.). — L. 1. pr. §. 6. h. t. *Ulp. Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium detur, nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iubet.*

(b) *Thibaut*, Archivio per la procedura civile, XII. N. 40.

(c) *Kritz*, Diritto delle Pandette I. pag. 465. — *Schmid*, Archivio civile, XXIX. pag. 111.

o al figlio di concludere un affare, poichè solamente nella relazione di potestà può essere giustificato il vocabolo *iussus*. Ciò ha testimonianza nei fonti, specialmente quando si considerino bene le parole del Pretore nella legge 2. *Quod cum eo* (14. 5). « sive sua voluntate sive *iussu eius*, in cuius potestate erit, contraxerit ». Similmente nelle parole della legge 1. §. 2. h. t. si dovrà supporre necessariamente un comando dato al figlio, poichè con questa sola condizione può il terzo contraente aver diritto che gli sia fatta nota la revocazione del comando: e qui le parole *quod iussu* non si rapportano solo all' unico esempio detto innanzi da Ulpiano, ma anche al *iussu patris*. Come ancora sembra indubitato che l'*actio quod iussu* sia fondata anche quando il padre col suo assenso si dirigesse alla persona del terzo contraente (d); giacchè in questo caso, esprimendo la volontà sua, che il figlio conchiudesse un determinato affare, vi è, se non un diretto, almeno un indiretto *iussus patris*.

2) Egualmente controverso è, se l'affare conchiuso dal figlio debba essere nell' interesse proprio di lui o del padre per dar fondamento alla nostra azione. Anche qui tre opinioni si elevano. Alcuni tengono che l'affare debba essere conchiuso nell' interesse del figlio (e); altri non mettono nessuna distinzione; altri finalmente opinano che debba giovare all' interesse del padre (f). Sembra più esatta l' ultima opinione: di ciò non solo molti passi ci fanno certi, ma la leg. 1. §. 5. riportata non potrebbe esser convenientemente chiarita che con questa condizione (g).

A sostegno della prima opinione si cita la legge 5 *pr. quod iussu*, ma con poca giustezza; imperocchè quivi non si nega l'*actio quod iussu*, perchè l'affare era conchiuso nell' interesse del padre; ma perchè il solo padre l' ha conchiuso, e contro lui si debbono produrre le azioni dirette, nè contro il figlio alcuna azione è valida (h). Dall' altra parte sebbene dal concetto generale di molte leggi si potrebbe ricavare l' esattezza della seconda opinione, come fa il *Thibaut* (i), pure è da ricordare che al tempo in cui furono scritte quelle leggi il figlio di famiglia non aveva nulla di proprio, e però ogni affare si doveva assolutamente ritenere conchiuso nell' interesse del padre, eccetto quando il figlio avesse un peculio castrense. Ritenendosi come esatta l' opinione che l' affare conchiuso dev' essere nell' interesse del padre, ne deriva che l'*actio quod iussu* è di nessun momento, quando il figlio di famiglia compisse anche col consenso del padre un affare, che avvantaggiasse solo il suo proprio patrimonio, come sarebbe il suo peculio castrense o il peculio avventizio irregolare.

(d) L. 1. §. 1. h. t. *Ulp.* Iussum autem accipiendum est, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu iusserit, sive generaliter. Et ideo et sic contestatus sit: quod voles cum Stichio servo meo negotium gerere periculo meo, videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet. — L. 13. C. quod cum eo (4. 26.).

(e) *Glück*, XIV. pag. 423. — *Schmid*, Delle azioni ed eccezioni §. 141.

(f) *Thibaut*, l. c.

(g) L. 1. §. 5. eod. *Ulp.* Quid ergo si fideiussert pro servo? Ait Marcellus, non teneri quod iussu, quasi extraneus enim intervenit. Neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere. Denique idem scribit, et si inutiliter fideiussert, tamen cum non obligari, quasi iusserit, quae sententia verior est. — L. 3. §. 2. de in rem verso (15. 3.). — L. 1. §. 1. h. t. — ved. not. (d).

(h) L. 2. *pr. quod cum eo* (14. 5.).

(i) L. 1. 2. *quod cum eo* (14. 5.). — L. 1. *pr. quod iussu*.

Diritto romano.

§. 124.

2) Dell' azione de peculio e tributoria.

T. D. de peculia (15. 1.). — Quando de peculio actio annalis est (15. 2.).

1) Il peculio profettizio dato dal padre al figlio di famiglia vien considerato come parte separata del patrimonio del padre, quantunque veramente ne fosse parte integrante; e questo peculio messo sotto l' amministrazione del figlio gli dà credito per contrarre obbligazioni coi terzi. Ma il padre può esser tenuto invece del figlio, ed esser chiamato in giudizio con l' *actio de peculio*. Quest' azione è data al terzo creditore contro al padre di famiglia per contratti e quasi contratti conchiusi dal figlio sulla base del peculio profettizio (a).

2) Questa azione non ha luogo principalmente in questi casi:

a) nelle azioni penali; e nelle furtive vale solamente in quanto il padre addivenne più ricco (b);

b) per debiti contratti sul peculio castrense o quasi castrense (c);

d) per promesse di donazione (d).

3) In forza di questa azione il padre può essere condannato non in tutta la somma dell' obbligazione, ma fino alla quantità del peculio; la quale condanna ha vigore ancora quando nel tempo che l' azione fu prodotta, non vi era nulla nel peculio, purchè qualche cosa vi sia nel momento della sentenza (e).

(a) L. 3. §. 5, h. t. (15. 1.). — L. 49. de O. et A. (44. 7.). *Paul.* Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur; veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is, apud quem depositum est. Quo casu etiam, quam filiusfamilias aut servus quid tale commisit, de peculio actio datur, non noxalis. — L. 14. de neg. gest. (3. 5.). — L. 7. de tut. (26. 1.). — L. 1. C. quod cum eo (4. 26.) — L. 29. §. 1. b. t.: *Gai.* Etiam si prohiberit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio.

(b) L. 1. §. 7. de his qui eff. (9. 3.). — L. 58. de R. I. — L. 3. §. 12. h. t. (15. 1.). — L. 3. §. 12. h. t. *Ulp.* Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat, an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur. Et est verius in quantum locupletior dominus factus esset, ex furto facto actionem de peculio dandam.

(c) L. 18. §. 5. de cast. pecul. (49. 17.). *Marcian.* Sed nec cogendus est pater, aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris acquisit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati. Et si sponte patitur, ut quilibet defensor satisfacito filium in solidum, non peculium teus defendere debeat. Sed et eius filii nomine non aliter movere actionem potest, quam si satisfecerit, enim ratam rem habitaram. — L. 47. §. 1. h. t. (15. 1.).

(d) L. 7. de don. (39. 5.). — *confr.* L. 28. §. 2 de pactis (2. 14.).

(e) L. 30. h. t. *Ulp.* Quaesitum est an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit de peculio, quum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri aiunt; intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio.

4) Il padre ha diritto di togliere dalla massa dei beni che formano il peculio profetizio, quello di cui egli stesso è creditore; e per contra ha l'obbligazione di aggiungerci ciò che per suo dolo vi manca (f).

Finchè dura la patria potestà, l'azione sarà perpetua, dopo terminata quella potrà esser prodotta in un anno utile (g).

Se il peculio profetizio consenziente il padre, o senza opposizione del medesimo fu tutto o in parte destinato ad affari di commercio (h), i creditori in riguardo a questi affari hanno il diritto ad essere soddisfatti dal patrimonio commerciale (i). Il padre potrà far valere anche i suoi crediti, ma a differenza dell'*actio de peculio*, non ha il diritto di preferenza col farne prima la riduzione (k). Se egli si comporta dolosamente il pretore ai creditori concederà contro lui l'*actio tributoria* (l). Alle volte converrà meglio esercitare l'*actio de peculio*, poichè con la tributoria si pretende solamente le mercatanzie, mentre con l'altra si escute tutto il peculio; e ciò converrà maggiormente quando il padre non sarà creditore, non potendoci essere in questo caso diritto da parte sua alla riduzione (m).

(f) L. 9. §. 6. L. 11. pr. §. 6. L. 52. pr. h. t. *Ulp.* Sive autem ex contractu quid domino debeat, si ex rationum reliquiis, deducet dominus. Sed etsi ex delicto ei debeat, ut puta ob furtum, quod fecit, aequè deducetur. Sed est quaestionis, utrum ipsa furti aestimatio, id est, id solum, quod domino abest, an vero tantum, quantum si alienus servus commisisset, id est cum furti poenis? Sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur.

(g) T. D. quod de pecul. (13, 2.).

(h) L. 1. §. 1. 2. 3. L. 3. §. 11-13. L. 11. de trib. act. (14. 4.). L. 1. §. 2. *Ulp.* Peculiam autem mercem non sicuti peculium accipimus, quippe peculium deducto, quod domino debetur, accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributaria obligat ita demum, si sciente eo negotiabitur.

(i) L. 3. §. 4-7. eod. *Ulp.* Mercis nomine merito adiicitur, ne omnis negotiatio, cum eo facta tributariam inducat. §. 3. Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce, et quod eo nomine receptum est. §. 6. In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

(k) L. 3. §. 7. 19. eod. *Ulp.* Sed est quaesitum, dominus utrum ita demum partiatur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an vero, et si ex alia causa? Et Labeo ait, ex quacunque causa ei debeatur, parvique referret, ante mercem, an postea ei debere quid servus coeperit; sufficere enim, quod privilegium deductionis perdidit.

(l) L. 7. §. 2. ss. eod. *Ulp.* Si cuius dolo malo factum est, quominus ita tribueretur, in eum (dominum vel patrem) tributaria datur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, praestet; quae actio dolum malum coërcet domini. Minus autem tribuere videtur, etiamsi nihil tributum sit.

(m) L. 11. eod. *Gai.* Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere, quam tributaria; nam in hac actione, de qua loquitur, hoc solum in divisionem venit, quod in mercibus est, quibus negotiatur, quodque eo nomine receptum est. At in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur in quo et merces continentur, et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii, aut tertia, vel etiam minore negotietur; fieri praeterea potest ut patri dominove nihil debeat.

§. 125.

3) Dell' azione de in rem verso.

T. D. in rem verso (15. 3.). — *Rossing*, De versione in rem, Gött. 1799. — *Senffert*, De in rem verso act. Wirceb. 1822.

Se il figlio di famiglia senza l'autorità del padre conchiude un affare nell'interesse del padre stesso, questi può essere chiamato a risponderne con l'azione *de in rem verso* (a). È necessario per questa azione che il figlio abbia avuto intenzione di obbligare il padre, ed allora questi sarà sempre tenuto, quantunque le cose prese in interesse suo fossero mancate (b).

Se in favore del padre fu impiegata una cosa altrui, l'azione avrà luogo solamente per quanto riguarda il vantaggio del padre (c). Se per lui fu fatta una spesa necessaria, resta obbligato per l'intero prezzo dell'acquisto; se la spesa al contrario è utile ed il valore della cosa è minore del prezzo per cui fu acquistata, sarà tenuto solamente pel vero valore dell'oggetto; se poi il valore è maggiore, non è obbligato più di quello che importa il prezzo dell'acquisto; finalmente nel caso di una spesa di lusso e di piacere, il creditore, se può, avrà il *ius tollendi* (d).

(a) L. 1. h. t. — §. 4. Inst. quod cum eo. (4. 7.). Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem eius versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem eius versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ius impenderit servus; veluti si mutatus pecuniam creditoribus eius solverit, vel aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit. Itaque si ex decem, ut puta aureis, quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditor tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro caeteris quinque eatenus, quatenus in peculio sit; ex quo scilicet apparet si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una est actio, qua de peculio deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante displicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum.

(b) L. 3. §. 2. h. t. Ulp. Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiesque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem domini habuerit, aut non deteriore. — L. 3. §. 3. 6. 9. l. 10. — §. 4. 6. l. 17. h. t.

(c) L. 10. §. 4. h. t. Ulp. In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est; proinde si pars versa est, de parte erit actio. — §. 3. Inst. h. t.

(d) L. 3. §. 4. h. t. Ulp. Sed si mutua pecunia accepta domum domicicam exornavit tectoriis, et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini, aut voluntatem habuit,

Quest' azione con le altre mentovate nei precedenti paragrafi ha per origine le obbligazioni del figlio di famiglia; ma tutte possono esser prodotte contro il padre quali azioni *adiectitiae qualitatis*. Esse concorrono non solo tra loro stesse, ma ancora con le azioni dirette contro il figlio; la loro concorrenza è elettiva, sicchè quando un creditore ha ottenuta la sua soddisfazione per mezzo di una di esse contro al padre o contro al figlio, le altre vengono escluse, resta alla prudenza dell'interessato di sperimentare l'una azione che l'altra, giacchè ogni azione importa diverse conseguenze (e). Lo stesso è se la concorrenza avviene tra le medesime azioni *adiectitiae qualitatis*: così l' *actio de peculio* e la tributoria concorrono in modo che la scelta dell'una esclude l'altra (f); l'*actio in rem verso* può concorrere elettivamente con l' *actio quod iussu*, e cumulativamente con l' *actio de peculio* (g).

§. 126.

4) Del Senatoconsulto Macedoniano.

T. D. de SCto Macedoniano (14. 6.). — C. ad SCtum Macedonianum (4. 28.). — Loebstern, de SCto Macedoniano, Marb. 1828.

1) La regola generale che il figlio di famiglia poteva obbligarsi non altrimenti che il padre di famiglia, fu moderata al tempo dell'imperatore Claudio col senatoconsulto Macedoniano, per mezzo del quale all'azione di colui che aveva mutuata una somma ad un figlio di famiglia, poteva non

nec debere ex eo ouerari dominum, quod ipse faeturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus creditorem haec auferre, sine domus sui videlicet iniuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet. — L. 5. pr. L. 12. eod.

(e) §. 5. inst. h. t. (4. 7.). Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini contraxit, cuique iustitoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit: sed erit stultissimus, si omitta actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducatur probandi, in rem domini versum est, vel habere servum peculium, et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, aequè de peculio et de in rem verso agere potest; sed sane huius modo tributoria expedit agere, modo de peculio et de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio praecipue non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed eiusdem iuris est dominus, cuius et ceteri creditores; at in actione de peculio autè deducitur, quod domino debetur, et in id quod reliquum est, creditor domino condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria eius tantum, quo negotiatur; et potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta vel etiam minima negotiari, maiorem autem partem in praediis et mancipiis aut funehri pecuniam habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet: certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet. — L. 4. §. 5. quod cum eo (14. 5.). — L. 30. §. 4. L. 32. de pecul. (15. 1.).

(f) L. 9. §. 1. de tribut. act. (14. 4.). — ved. not. antec.

(g) §. 4. inst. quod eum eo (4. 7.). — ved. not. (a).

solo questi, ma anche il padre chiamato in giudizio con l' *actio mutui de peculio* opporre una valida eccezione, che dal senatoconsulto ebbe il nome di *exceptio SCti Macedoniani*. Questo senatoconsulto ebbe, secondo Teofilo, per motivo un parricidio, e fu giustificato dal perchè sovente i figli carichi di debiti, dopo aver dissipato la somma presa a mutuo, potevano tendere insidie alla vita dei genitori, come fè Macedone (a). Questa eccezione riguarda solamente il mutuo, nè può esser prodotta in altri negozii civili, fuorchè qualora si provi che sieno stati conchiusi *in fraudem legis* (b).

L' eccezione è data al figlio di famiglia, ai suoi eredi, al padre, al fideiussore ed al mandatore nel mandato qualificato, tranne se questi avesse interceduto con l' intenzione di fare una donazione (c).

2) Con tutto ciò l'eccezione suddetta non è in *favorem debitoris*, ma in *odium creditoris*, e però sarebbero validi e giuridici il pagamento, la compensazione, ecc.; di modo che l'obbligazione del figlio di famiglia resta come obbligazione naturale. Per la qual cosa la somma pagata scientemente od anche per errore dal padre o dal figlio non ripetesi con la *condictio indebiti*, fuori se il pagamento fosse stato fatto per errore dal curatore (d). Se il figlio di famiglia pagava il suo debito con le cose del padre, questi, potrà rivendicarle se esistenti, senza temere eccezioni con-

(a) L. 1. h. t. *Ulp.* Verba Senatusconsulti Macedoniani haec sunt: *Cum inter caeteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiofamilias bonum nomen expectata patris morte feri.*

(b) L. 3. §. 3. L. 7. pr. h. t. *Ulp.* Is autem solus Senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit; nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est, et ideo, etsi in creditum abiit filiofamilias, vel ex causa emtionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim, licet coeperit esse mutua pecunia, tamen, quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat Senatusconsultum. Quod ita demum erit dicendum, si non fraus Senatusconsulti sit cogitata, ut qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.

(c) L. 7. §. 1. 6. 7. 10. L. 9. §. 3. h. t. *Ulp.* Non solum filiofamilias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque, et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt; tunc enim, quum nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus videbitur a patre comprobatus. — L. 11. de fideiussoribus. (46. 1.).

(d) L. 9. §. 4. §. L. 10. h. t. *Ulp.*... Sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare lex eos voluit. §. 5. Quamquam autem solvendo non repetant. — L. 10. quia obligatio naturalis manet. — L. 7. §. 13. eod. L. 14. de reb. cred. (12. 1.). — L. 8. h. t. *Paul.* Quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.

trarie: se sono consumate non potrà ripeterle con la *condictio indebiti*, eccetto se il creditore le avesse consumate di mala fede, o se fossero tali cose di cui il figlio non avesse il diritto di disporre (e).

L'eccezione del senatoconsulto Macedoniano non è data qualche volta a cagione di peculiari circostanze, così:

1) Non è data al figlio, ma potrà essere prodotta dal padre contro l'*actio mutui de peculio*, nel caso che il figlio di famiglia abbia un peculio castrense, quasi castrense, fino alla somma del peculio medesimo (f).

Va perduta ancora pel figlio, che abbia ratificato il mutuo addivenuto *sui iuris* (g).

2) Non è data l'eccezione nè al padre nè al figlio nei seguenti casi:

a) quando il creditore ebbe buoni motivi di credere quel figlio un padre di famiglia; sebbene la conoscenza che ne ha un solo dei correi *stipulandi* nuoce agli altri (h);

b) quando la somma presa a mutuo è stata di vantaggio al padre secondo le norme stabilite per l'*actio de in rem verso* (i);

c) quando il padre ha dato consentimento al mutuo, il quale è riconosciuto anche quando conosce il mutuo e lo lascia conchiudere; quando nomina *institor* il proprio figliuolo, ovvero permette che il figlio col

(e) L. 14. de reb. cred. (12. 1.). *Ulp.* Si filiofamilias contra SCtum mutuas pecuniam solverit, patri nummos vindicanti actio exceptio obicitur; sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictioem, quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipioem transisset, in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra SCtum crediti magis est cessare repetitionem. — confr. L. 9. §. 1. h. t.

(f) L. 1. §. ult. — L. 2. h. t. *Ulp.* In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus Senatusconsultum Macedonianum locum habeat; nam etiamsi Consul sit, vel cuiusvis dignitatis, Senatusconsulto locus est, nisi forte castrense peculium habeat; tunc enim Senatusconsultum cessabit. — L. 2. Usque ad quantitatem castrensi peculii, quam filiofamilias in castrensi peculio vicem patrum familiarum fungatur.

(g) L. 2. C. h. t.

(h) L. 1. 2. C. h. t. *Sever. et Anton.* Zenodorus si, quam sui iuris esse publice videtur, aut patris voluntate contraxit, aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est. — L. 7. §. 7. h. t. *Ulp.* Proinde etsi alius mutuum dedit, alius stipulatus est, dabit adversus eum exceptio, licet hic non dederit. Sed et si alteruter eorum ignoravit, in patris esse potestate se, verius dicendum est, utrique nocere. Idem est et in duobus reis stipulandi.

(i) L. 7. §. 12. 13. h. t. *Ulp.* Proinde si acceperit pecuniam, ei in rem patris vertit, cessat Senatusconsultum; patri enim, non alibi accipit. Sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare Senatusconsultum, libro duodecimo Digestorum Iulianus ait, intelligendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret. Non tamen vertisse videtur, si mutuum pecuniam acceptam patri in propriam debitum solvit; et ideo, si pater ignoravit, adhuc Senatusconsulto locus erit. — L. 2. §. C. h. t. — Nov. 115. c. 3. §. 15.

peculio profettizio intraprenda un affare commerciale. Quando il consenso del padre avviene dopo, vale come dato fin dal principio (k).

d) Quando il figlio di famiglia era soldato al tempo della conclusione del mutuo (l).

Nè il beneficio di quest'eccezione ha luogo, tutte le volte che in sostanza non vi sia mutuo, o perchè il creditore è impubere, o non ha diritto di disporre del suo patrimonio; ovvero quando ciò che si è dato, può ripetersi con una *vindicatio*, o con una *condictio sine causa* (m).

§. 127.

III. Delle relazioni tra genitori e figli.

1) Indipendentemente dalla patria potestà, evvi il diritto vicendevole degli alimenti; i figli hanno l'obbligo del rispetto, e però non possono chiedere dal padre un giuramento in lite, nè produrre contro di esso una azione infamante, tranne per atroci ingiurie; nè intentare un'azione penale (a); vicendevolmente hanno padre e figlio il *beneficium competentiae* (b).

Nei genitori sta il diritto della educazione de' proprii figliuoli, e sebbene la volontà del padre sia prevalente, egli ciò nondimeno può esserne escluso, e la educazione sarà affidata solamente alla madre, quando il matrimonio sia sciolto per colpa del padre (c).

(k) L. 2. C. b. t. — L. 7. §. 11. 13. b. t. *Ulp.* Hoc amplius cessabit Senatusconsultum, si pater solvere coepit, quod filiusfamilias sumserit mutuum, quasi ratum habuerit.

(l) L. ult. §. 1. C. h. t.

(m) L. 3. §. 2. b. t. *Ulp.* Proinde et in eo, qui scire non potuit, an filiusfamilias sit, Iulianus libro duodecimo cessare Senatusconsultum ait, utputa in pupillo vel minore viginti quinque annis. Sed in minore causa cognita et a Praetore succurrendum, in pupillo autem etiam alia ratione debuit dicere, cessare Senatusconsultum, quod mutua pecunia non fit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat, quemadmodum ipse dicit Iulianus libro duodecimo, si filiusfamilias crediderit, cessare senatusconsultum, quod mutua pecunia non fit, quamvis liberam peculii administrationem habuit. Non enim perdere ei peculium pater concedit, quam peculii administrationem permittit, et ideo vindicationem nummorum patri superesse ait.

(a) L. 2. §. 7. §. 3. de obsequ. parent. (37. 13.). — L. 1. de obsequ. (37. 15.). *Ulp.* Etiam militibus pietatis ratio in parentes constare debet; quare, si filius miles in patrem aliqua commisit, pro modo delicti puniendus est. §. 1. Et inter conlibertos, matrem et filium, pietatis ratio secundum naturam salva esse debet. §. 2. Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumelia afficit, vel impias manus in inferit, Praefectus urbis delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo eius vindicet. §. 3. Indignus militiae iudicandus est, qui patrem et matrem, a quibus se educatum dixerit, maleficos appellaverit. — L. 7. §. 3. 4. de iniur. (47. 10.). — L. 7. de iureiur. (12. 2.). — L. 11. §. 1. de accus. (48. 2.).

(b) §. 38. Inst. de act. (4. 6.).

(c) L. 1. §. 3. L. 3. §. 4. 5. de lib. exb. (43. 30.).

2) In caso di necessità i figliuoli hanno ancora un'azione contro i genitori per far loro riconoscere la propria legittimità: la quale azione è detta *actio de liberis agnoscendis et alendis*. Similmente la madre ha una azione contro il marito per fargli riconoscere il figlio, detta *actio de partu agnoscendo*, nella quale, in caso che il fanciullo nascesse dopo lo scioglimento del matrimonio, è ammessa dopo alcune speciali determinazioni secondo il senatoconsulto Planciano (d).

IV. Origine della patria potestà.

§. 128.

I. Per nascita e adozione.

T. Inst. de adoptionibus (1. 11.): — de acquisitionibus per arrogationem. — T. D. de adoptionibus et emancipationibus (1. 7.). — C. de adoptionibus (8. 48.).

I. I figliuoli procreati in un legittimo matrimonio pel fatto della nascita si trovano incontanente sotto la patria potestà del loro genitore (§. 17) se questi è *sui iuris*; ovvero sotto la patria potestà dell'avo, se il padre è ancora figlio di famiglia; e allora solamente dopo la morte dell'avo, cadono sotto la potestà del loro padre (a).

II. La patria potestà si origina in secondo luogo per mezzo dell'adozione, la quale è atto per cui qualcuno alla presenza della pubblica autorità accetta in luogo di figlio uno, il quale non è stato mai o ha cessato di essere alla sua patria potestà sottoposto.

Può venire adottata tanto una persona *alieni iuris*, e si ha la vera adozione; quanto un *homo suis iuris* e questa forma di adozione è conosciuta col nome di arrogazione; poichè nell'antico diritto non poteva farsi che davanti ai comizii convocati con la ordinaria *rogatio*; onde fu chiamata ancora *adoptio per populum* (b).

1) Perchè fosse legittima l'adozione nello stretto significato, conviene che l'adottante fosse *sui iuris*; ed avesse almeno 18 anni dippiù dell'adot-

(d) L. 1. — L. 3. §. 1. de agnosc. et alend. liber. (23. 3.). Ulp. Quia Plancianum Senatusconsultum ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, aliud Senatusconsultum temporibus Divi Hadriani factum est, ut etiam si constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.

(a) L. 4. §. de his qui sui vel alien. iur. (1. 6.). — §. 12. Inst. de nupt. (1. 10.). — pr. Inst. quib. mod. ius. post. (1. 12.).

(b) L. 1. §. 1. h. t. Modest. Quod adoptionis nomen est quidem generale; in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera arrogatio. Adoptantur filii familias; arrogantur, qui sui iuris sunt.

tato (c). L'adozione imita la natura, onde non possono adottare i castrati; non si può adottare uno invece di fratello, nè adottare chicchessia a tempo determinato (d). L'adottato non dev'essere figlio naturale dell'adottante, che potrebbe esser legittimato, nè chi, adottato altra volta, uscì poi dalla patria potestà (e). L'adozione non può esser fatta per procuratore nè sotto condizione (f).

Si può adottare alcuno non solo in luogo di figliuolo ma ancora di nipote, anche da chi non ha figli; non si può adottare in luogo di fratello (g). Finalmente l'adozione deve seguire col consentimento tanto del padre adottante, quanto del padre naturale presente il figlio da adottarsi innanzi al magistrato, che ne stende un apposito protocollo (h).

2) L'adozione fa sì che il figlio adottivo esce dalla patria potestà e quindi dal cerchio degli agnati del padre ch'è sua famiglia naturale; entra nell'agnazione della famiglia civile, e passa sotto la patria potestà del padre adottante, prendendo il nome e lo stato di quest'ultimo (i). Tutti i diritti che nascono dalla patria potestà passavano con questa al padre adottante, come a mo' d'esempio il diritto dell'usufrutto del peculio regolare; similmente il figlio perdeva quei diritti, che nascevano dall'esser figlio di

(c) §. 4. Inst. h. t. — L. 40. §. 1. h. t. *Modest.* Non tantum quum quis adoptat, sed et quum arrogat, maior esse debet eo, quem sibi per arrogationem, vel per adoptionem fillum facit; et utique pleue pubertatis, id est decem et octo annis eum praeedere debet.

(d) L. 34. h. t. — §. 4. 9. Inst. h. t. Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et il, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.

(e) L. 7. C. de natur. liber. (5. 27.). — L. 37. §. 4. h. t. *Paul.* Eum, quem quis adoptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare. — L. 23. pr. de liber. et post. (28. 2.). — Nov. 74. pr. c. 3. — Nov. 89. c. 7.

(f) L. 34. h. t. *Paul.* Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem in adoptionem des, an actio ulls sit? Et Laeko putat nullam esse actionem; nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere. — L. 24. 25. §. 1. cod.

(g) §. 8. 6. Inst. h. t. Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis vel proneptis vel deinceps adoptare, quavis filium quis non habeat. — L. 7. C. de hered. inst. (6. 24.). *Diocl.* et *Maxim.* Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi praesens provinciae curae habebit.

(h) L. 8. h. t. — L. ult. C. h. t. L. 11. C. h. t. *Justin.* Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filius, aut per unam emancipationem in caeteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes, censuimus, licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine veteri observatione emancipationum et manumissionum, hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente eo, qui adoptatur, nec non eo, qui eum adoptat. *Cels.* In adoptionibus eorum duntaxat qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur; sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo.

(i) L. 1. 13. 15. pr. 23. h. t. — L. 4. §. 10. de grad. (38. 10.).

quella famiglia, sicchè perdeva il diritto di *suita* o discendenza legittima rispetto al padre naturale, e l'acquistava rispetto all'adottante.

3) Giustiniano vi apportò una grande mutazione, stabilendo che queste piene conseguenze dell'adozione allora solamente dovevano osservarsi, quando il figlio era dato in adozione ad un ascendente; ma non quando era adottato da un estraneo; perciò si è detta la prima *adoptio plena*, *adoptio minus plena* l'altra. Nella prima le conseguenze sono le medesime del diritto antico; dove nella seconda nulla vien cambiato nelle relazioni tra figlio e padre naturale, e l'adozione vale solamente a dare al figliuolo adottivo l'eredità legale del padre adottante (k).

ANNOTAZIONI

Per rendersi ragione della suddetta riforma di Giustiniano, fa d'uopo ben considerare lo stato giuridico, che nasceva dall'adozione.

Prima della riforma colui ch'era in *adoptionem datus*, per tutto il tempo che durava l'adozione, aveva il pieno diritto di succedere *ab intestato* al padre adottivo e ai suoi agnati, come per converso e padre ed agnati avevano egual diritto sul patrimonio del primo. I rapporti dell'adottato con la famiglia naturale erano i seguenti: nulla egli perdeva nelle relazioni di successione con la madre naturale, ma diveniva cognato rispetto al padre suo naturale, ed alla successione di lui era chiamato nell'ordine dei cognati. Quest'ultimo punto era modificato quando il figlio per adozione non usciva totalmente dalla famiglia naturale, come quando era adottato da un ascendente paterno; poichè allora era chiamato alla successione del padre e dell'avo nell'ordine de' figli (*funde liberi*) (l).

Dal momento che l'adottato, sciolto dai vincoli di adozione, diventava *sui iuris* per mezzo dell'emancipazione, si estingueva *ipso iure* il suo diritto di succedere al padre adottivo, e rispetto al padre naturale era considerato come se fosse stato da lui emancipato; era quindi chiamato alla successione di lui nell'ordine *unde liberi*.

Secondo questo stato de' rapporti di successione non era difficile che un figliuolo dato in adozione si trovasse privo e della successione del padre adottivo, e di quella del naturale, quando l'emancipazione del padre adottivo avvenisse dopo la morte del padre naturale; in questo caso il legame di adozione, rotto per mezzo della emancipazione, non gli dava più diritto di succedere al padre adottivo, mentre la morte del padre naturale avvenuta prima della emancipazione lo avea già escluso dalla successione di quest'ultimo. Per garantire al figlio adottato un diritto di eredità in qualunque evento fu introdotta da Giustiniano l'*adoptio plena* e la *minus plena*; di fatti in quest'ultima specie di adozione le relazioni di successione rimangono nel medesimo stato che se non vi fosse stata adozione; nella famiglia adottiva acquista un diritto di eredità *ab intestato* come *suus heres* sul patrimonio del padre adottivo, ma non degli agnati di lui; e più, questo diritto di successione limitato alla sola persona del padre adottivo non è reciproco, poichè questi non potrà ereditar mai dal figlio adottato.

(k) L. 10. C. h. l.

(l) L. 3. §. 7. 8. — L. 21. §. 1. de bon. poss. contra tab. (37. 4.). — Ved. vol. II. cap. §.

Per ciò che riguarda la *plena adoptio* nulla venne cambiato nei rapporti di successione tra il figlio adottivo e la madre naturale e per converso; ma vi è questione in quanto alla successione tra il figlio adottivo ed il padre naturale, ma di ciò sarà trattato in appresso.

§. 129.

2) Per arrogazione.

1) L'atto dell'adozione piglia il nome di arrogazione quante volte cade sopra un *homo sui iuris*, che, adottato, diventi figlio di famiglia, o vogliamo dire, *alieni iuris* (§. 16.) (a).

I requisiti stessi dell'adozione si domandano ancora per l'arrogazione, con la sola differenza, che in quella è il padre naturale che guarda gli interessi del figlio, affinché non gli venisse pregiudizio dal nuovo stato; mentre mancando il padre nell'arrogazione, interviene direttamente l'autorità, la quale con una cognizione di causa deve osservare esattamente le seguenti cose:

a) che non vi sia una causa turpe, *ne forte turpis causa arrogandi subsit*; però non dev'essere permessa al tutore l'arrogazione del pupillo anche terminata la tutela (b);

b) che il padre arrogatore abbia superato il suo 60° anno (c);

c) che non arroghi colui che ha proprii figli (d);

d) che uno non arroghi più persone (e);

e) che il più povero non pigli il più ricco per figlio (f).

(a) L. 2. pr. h. t. *Gai.* Principis auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt, quae species adoptionis dicitur arrogatio, quia et is, qui adoptat rogatur, i. e. interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse, et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur.

(b) L. 17. pr. L. 32. §. 1. h. t. *Ulp.* Nec ei permittitur arrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor vigintiquinque annis sit, qui arrogatur; ne forte eum ideo arroget, ne rationes reddat. Item inquirendum est, ne forte turpis causa arrogandi subsit.

(c) L. 15. §. 2. h. t. *Ulp.* In arrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit qui arrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat, nisi forte morbus aut valetudo in causa sit, aut alia iusta causa arrogandi, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.

(d) L. 17. §. 3. h. t. *Ulp.* Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit, vel plures liberos adottare alium; ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreaverit, diminuat spes, quam unusquisque liberorum obsequio paret sibi; aut qui adoptatus fuit, minus percipiat, quam dignum erit eum consequi.

(e) L. 15. §. 3. eod. *Ulp.* Item non debet quis plures arrogare, nisi ex iusta causa; sed nec libertum alienum, nec maiorem minor.

(f) L. 17. §. 4. h. t. *Ulp.* Interdum et ditorem permittetur adoptare pauperiori, si vitae eius sobrietas clara sit, vel affectio honesta nec incognita.

Con tutto ciò l'autorità per eccezione, *ex iusta causa*, ammetteva in questo caso l'arrogazione mercè cauzione (g).

2) Per far legale l'arrogazione, dopo la *causae cognitio*, si richiedeva dapprima una *lex curiata*, indi un decreto dei Pontefici, da ultimo solamente un rescritto imperiale (h).

3) Secondo l'antico diritto i soggetti a tutela non potevano essere arrogati, e questi erano i pupilli e le donne. Caduta la perenne tutela delle donne, entrarono nel diritto comune, e potevano essere arrogate come qualunque altra persona. L'arrogazione dell'impuberi fu più tardi introdotta per mezzo di un' *Epistola* di Antonino Pio, ma con alcune limitazioni. Oltre la preventiva *causae cognitio* e l'osservanza delle regole dell'arrogazione ordinaria, si deve considerare fino a qual punto l'arrogazione è compatibile con la educazione dell'impubere (i). Dippiù non solo si richiede che tutti i tutori interpongano la loro autorità; ma il padre arrogatore deve dar cauzione ad un'autorità pubblica, che se il fanciullo muoia nella impubertà, il patrimonio di lui sia restituito a coloro che senza l'arrogazione sarebbero stati i più prossimi eredi; oltracciò è dato un diritto all'arrogato sulla quarta parte del patrimonio del padre arrogatore, la quale è detta *quarta divi Pii* (k).

4) Le conseguenze dell'arrogazione sono press'a poco le stesse dell'adozione, tranne i temperamenti fatti per l'arrogazione dell'impubere (l).

(g) L. 17. §. 3. b. t. *Ulp.* Satisfactio autem in his casibus dari solet.

(h) Cic. de lege agrar. ll. 12. — *Gell. noct. Att.* V. 16. *Tacit.* l. 3. — ved. not. (a).

(i) L. 17. §. 2. — L. 18. 20. h. t. — ved. not. seg.

(k) §. 3. *Iust. b. t.* (1. 11.). Quum autem impubes per principalem rescriptum arrogatur, causa cognita arrogatio permittitur et exquiruntur causa arrogationis, an honesta sit, expeditaque pupillo, et cum quibusdam conditionibus arrogatio fit, id est, ut caveat arrogator personae publicae, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restitutum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad antecessorem eius venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest arrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei redant: sed et si decedens pater cum exheredaverit, vel vivus sine iusta causa eum emancipaverit, iubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet praeter bona, quae ad patrem adoptivum transtulit et quorum commodum ei postea acquisivit.

(l) §. 1-3. *Iust. de acquis. per arrog.* (3. 10.): Ecce enim, eum paterfamilias sese in arrogationem dat, omnes res eius corporales et incorporales, quaeque ei debita sunt, arrogatori ante quidem pleno iure acquirebantur, exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes et ius agnationis... §. 2. Nunc autem vos eandem acquisitionem quae per arrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum; nihil etenim aliud, nisi tandemmodo usufructus tam naturalibus patribus quam adoptivis per filiumfamilias acquiritur in his rebus, quae extrinsecus filiis obveniunt, dominio iis integro servatur... §. 3. Sed ex diverso pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem iure arrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur, et si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus, bona quae eius cum usufructu futura fuissent, si se alieno iure non subiecisset, possidere et legitimo modo ea disponere.

(m) L. 5. C. de auctor. praest. (3. 30.) — ved. not. pr.

Bisogna pur notare che se l'arrogato ha figli, questi entrano anch'essi sotto la patria potestà del padre arrogatore, e come il proprio genitore, soffrono una *capitis deminutio minima* (n).

5) Secondo il diritto antico essendo il figlio di famiglia incapace di aver patrimonio, il figlio arrogato perdeva ogni diritto di proprietà, e vi era una successione *per universitatem* in favore del padre arrogatore. Nell'ultima riforma di tutto il patrimonio dell'arrogato si forma un peculio avventizio regolare, e quindi il padre arrogatore ne acquista il solo usufrutto.

ANNOTAZIONI

Quanto alle relazioni dell'impubere arrogato col padre arrogatore i giuristi non sono perfettamente di accordo su molti punti.

Generalmente si può stabilire che l'impubere, non men che ogni altro arrogato, entra mercè l'atto di arrogazione nel diritto di un *suius heres*. Per la qual cosa se, non essendo stato prima emancipato, alla morte del padre arrogatore, non fosse stato istituito erede nel testamento di lui, o debitamente diseredato, egli per mezzo della *querela inofficiosi testamenti iuris antiqui* può aprire la successione *ab intestato*. Similmente se fosse stato formalmente diseredato, ma senza giusta causa, può allo stesso scopo produrre la *querela inofficiositatis iuris novi* secondo la Novella 115. Conseguentemente da questo principio si deve affermare, che se il padre arrogatore avesse istituito l'impubere al disotto della quota legittima stabilita dalla Novella 18, questi dovrà avere non solo diritto alla quarta, ma ancora un'azione suppletiva pel resto della porzione legittima. Questa conseguenza non è accettata da tutti, ed alcuni, tra i quali il *Franke* (o), voglion che all'impubere arrogato non appartengano i mezzi ordinarii conceduti agli eredi necessarii, ma sibbene la sola azione personale diretta alla *Quarta Divi Pii*. Ei sarebbe cosa inutile confutare simile opinione, se il *Franke* pur non si sostenesse con qualche testo. Ma prima di ogni altro tutti debbono convenire che l'arrogazione di un impubere, come tale, deve portare le conseguenze di una ordinaria arrogazione; altrimenti bisognerebbe dire che l'impubere per arrogazione non è considerato egualmente come gli altri arrogati, figlio legittimo del padre arrogatore. Se non si può negare la qualità di figlio che deriva dall'arrogazione, si deve pure ammettere in lui necessariamente la qualità di *suius heres* e le conseguenze che ne scaturiscano. È vero per altro che l'arrogazione dell'impubere mercè l'epistola di Antonino Pio acquistò natura alquanto distinta dall'arrogazione ordinaria; ma ciò rafforza la nostra dottrina, imperocchè la specialità delle sue regole nasce dallo scopo evidente di garantire il patrimonio dell'impubere per qualunque contigenza, che a lui, a cagion del suo stato, recherebbe maggior pregiudizio: l'intenzione del legislatore era dunque di mettere l'impubere, se non in migliore, almeno in condizione eguale agli altri arrogati che non fossero impuberi. Ora, ammettendo l'opinione di quei giuristi, si avrà per con-

(n) L. 2. §. 2. eod. *Gai.* Hoc vero proprium est eius adoptionis, quae per principem fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se arrogandum dederit, non solum ipse potestati arrogatoris subiicitur, sed et liberi eius in eiusdem sunt potestate tanquam nepotes.

(o) *Franke*, Diritto di successione necessaria, §. 37.

trario che l'impubere si troverebbe nel caso anzidetto in uno stato inferiore ad ogni altro arrogato. E di vero, quando si consideri che l'arrogazione è permessa solo ad un vecchio senza figli, e che non si può arrogare più di uno, la *quarta divi Pii* corrisponde esattamente alla legittima di quel tempo; ma poichè questa da un quarto è montata alla terza parte, e secondo le circostanze, alla metà nella Novella 18, avverrà, giusta l'opinione di quei giuristi, che, mentre ogni altro arrogato ha diritto ad un terzo dei beni del padre arrogatore, l'impubere non avrà diritto che al quarto solo de' beni medesimi. Lasciamo da banda che, negandosi all'impubere arrogato l'azione per compire la legittima, si negherebbe a lui il diritto di succedere *ab intestato*, sicchè non gli resterebbe che la sola azione personale per la *quarta*.

La legge che il *Franke* cita in suo favore è la legge 8. §. 15. *de inoff. test.* (5. 2), secondo la quale egli crede di stabilire questo principio: l'impubere arrogato non ha diritto alla querela, ma può soltanto produrre l'azione personale per la *quarta* contro gli eredi del padre arrogatore. Le parole della legge sono le seguenti: « Si « quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, quum « habeat quartam ex constitutione Divi Pii. Quod si egit, nec obtinuit, an quartam « perdat? et puto, aut non admittendum ad inofficiosum, aut, si admittatur, etsi non « obtinuerit, quartam ei quasi aes alienum, concedendam ». Ora ponderando le parole *citra adoptionem et emancipationem*, il senso della legge non può essere che il seguente: Se un impubere, congiunto così al testatore, che può produrre una querela contro il suo testamento, è arrogato e poscia emancipato, egli non potrà far uso della querela, come potrebbe per la naturale parentela, essendo già cautelato per mezzo della *quarta* che di diritto gli spetta. Ma che all'impubere arrogato, ma non emancipato, non competa la querela, non è detto in questo passo. Di fatti il caso della legge citata è il seguente. Uno arroga un impubere che gli è prossimo parente, e che in forza del suo legame di sangue ha diritto alla successione *ab intestato*; dopo di averlo diseredato *sine iusta causa*, muore, e rimane tutto il suo patrimonio ad un terzo. In questo caso l'impubere arrogato ha dall'arrogazione il diritto alla *quarta* e non alla successione necessaria, essendo per mezzo della emancipazione rotta la relazione di suità. Ma questo arrogato in forza della sua parentela naturale col defunto p. e. un avo paterno, ha per conseguenza il diritto alla porzione legittima; di qui nasce la domanda: questo impubere in qualità di nipote può produrre una querela *inofficiosi testamenti*? A ciò risponde negativamente Ulpiano, poichè egli per mezzo della *quarta* ha già tutta la sua porzione legittima. Questa opinione è tanto più da ritenersi, inquantochè le determinazioni della costituzione *Divi Pii* allora sono applicate, quando l'impubere non avrebbe nulla secondo i principii generali sull'arrogazione, quando p. e. è diseredato *sine iusta causa*, ovvero è diseredato in guisa, che secondo i principii generali non potrebbe avere nessun mezzo giuridico.

È pure controverso in questa materia se l'arrogato abbia diritto alla *quarta* passata l'impubertà, se nella pubertà fosse emancipato o diseredato. A questa controversia è d'uopo rispondere in contrario, giacchè tutte le altre determinazioni di Antonino Pio cadono appena si diventa pubere, e però deve affermarsi lo stesso circa la *quarta*. Quando l'impubere è divenuto pubere nella famiglia adottiva, deve considerarsi come arrogato durante la pubertà (p).

§. 130.

3) Per legittimazione.

T. C. de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiatur.
(3. 27.). — Nov. 74. 89.

La legittimazione è quell'atto per mezzo del quale i figliuoli procreati con una concubina acquistano i diritti dei figliuoli legittimi. Quest'atto poteva seguire in modi diversi.

1) Costantino pel primo ordinò che il matrimonio susseguente rendeva, sebbene temporaneamente, i figliuoli legittimi; perciò quest'atto fu detto *legitimatio per subsequens matrimonium*; questa legge fu ristretta per mezzo della costituzione di Anastasio, al caso che non vi fossero figli legittimi; ma da Giustiniano ebbe la legittimazione per susseguente matrimonio un valore assoluto (a). Quest'atto di legittimazione non richiede una speciale dichiarazione del padre di legittimare i figli, quando la paternità è certa pel riconoscimento; ma affinchè si potesse aver certezza del cambiamento del concubinato in valido matrimonio, Giustiniano ordinò che la celebrazione del matrimonio dovesse esser preceduta dai patti dotali in iscritto (1).

2) La legittimazione può aver luogo per *curiae oblationem*, quando il padre induce il figliuolo naturale ad assumere la carica di decurione; ovvero la figliuola naturale a sposare un decurione; ma ciò quando non vi fossero figliuoli legittimi. Questa forma di legittimazione fu introdotta da Teodosio (b).

3) Affinchè la legittimazione fosse fatta agevole per tutti, Giustiniano introdusse la legittimazione per *rescriptum principis*, quando non fosse possibile un matrimonio tra il padre e la concubina. Questa legittimazione veniva concessa ad istanza del padre (c). Anche poteva concedersi a richiesta de' figli o della madre, quando il padre nell'atto di sua ultima volontà avesse espresso il pensiero di voler legittimare i suoi figliuoli; e si avevano le medesime conseguenze, che se la legittimazione fosse stata chiesta durante la vita del padre. Questa seconda è detta *legitimatio per testamentum* (d) (2).

La legittimazione fa che i figliuoli naturali, i quali erano nella fami-

(a) L. 3. 7. 10. 11. C. h. t.

(b) L. 3. 4. C. eod.

(c) Nov. 74. c. 1. — Nov. 89. c. 9.

(d) Nov. 74. c. 2.

glia della madre, passano sotto la potestà del loro padre, e però, acquistando tutti i diritti di agnazione, acquistano il pieno diritto di *suità*. È necessario adunque per tal atto non solo il consenso del padre, ma quello del figlio ancora (e).

ANNOTAZIONI

(1) Intorno alla legittimazione per susseguente matrimonio di grande difficoltà è stato un passo delle Istituzioni, che è il §. 13. *Inst. de nupt.* (1. 10.): « Is, qui a muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, a dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur; quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. » Il significato letterale di questo passo e propriamente delle parole ultime sarebbe: che anche a coloro che nascono dopo avvenuto il matrimonio, la costituzione ha dato il medesimo diritto, il che è assurdo: perocchè essi sono legittimi non pel favore della costituzione, ma per effetto del matrimonio. Onde i giuristi si sono aiutati con l'interpretazione congetturale in diverso modo. Il *Cujacio* nella sua edizione delle Istituzioni legge in vece: *quod si alii liberi ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit*: questo modo di leggere è seguito dallo *Schrader* con un piccolo cangiamento: *quod et alii ex eodem matrimonio si fuerint procreati*, e questa lezione è accettata dai fratelli *Kriegel* nella loro edizione. L' *Hotomanno* nel suo commento sulle Istituzioni propone che si legga: *quod etsi nulli alii liberi fuerint procreati, etc.* Mureto (f) al contrario legge: *quod ei similiter aliis liberis, qui ex eod. matr. etc.*, ed allora quelle parole significherebbero che il figlio nato prima del matrimonio è dalla costituzione equiparato a coloro che nascono nel matrimonio legittimo. Finalmente *Biener* nella sua edizione legge: *quod et aliis liberis ex eodem matrimonio procreatis similiter, etc.*; e così cambiando il caso *alii liberis* da dativo in ablativo assoluto, ha il medesimo significato della lezione del *Cujacio*.

Tutte queste interpretazioni possono aver merito, ma certo sono quale più, quale meno arbitrarie, attesocchè tutti i manoscritti con qualche minima differenza leggono allo stesso modo, nè altrimenti Teofilo nelle sue parafrasi. Oltre a ciò due interpretazioni sul passo primitivo sono possibili senza dare nell' assurdo; le parole *quod et aliis liberis, etc.* possono significare quei figli i quali sono concepiti nel concubinato e nascono nel matrimonio; ovvero il pensiero di Giustiniano può intendersi così: non solo abbiamo favorito coloro che nacquero prima della celebrazione del matrimonio, ma ancora quelli che son nati dopo, poichè anche questi ultimi sarebbero stati naturali prima della nostra costituzione, senza la quale il concubinato continuerebbe ancora fra i loro genitori. Che quest' ultimo pensiero non sia totalmente nuovo per Giustiniano si rileva dalla legge 10. 11. C. *de natural. liberis*, in una delle quali egli dice: « cum enim affectio prioris sobolis et ad dotalia instrumenta efficienda et ad posteriorem filiorum edendam progeniem praestiterit occasionem, etc. »; e nell' altra: « sed etiam anteriores, quia et his, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt » (g).

(e) L. 11. de his qui sui (1. 6.). — Nov. 89. c. 11. §. 1.

(g) Conf. Nov. 74. praef. Nov. 89. c. 8.

(2) Sulla legittimazione per *testamentum* alcuni giuristi e segnatamente il *Marezoll* (h) han voluto stabilire i seguenti principii:

1) Che la legittimazione per testamento sia data solamente in sussidio delle altre; imperocchè il padre doveva già prima aver fatta risoluzione di chiedere il rescritto del principe, impedito poscia per qualsisia avvenimento. In conseguenza di ciò, quando il padre visse ancora lungamente dopo aver compilato il testamento, di guisa che gli resta tempo d'impetrare il rescritto, la legittimazione per testamento non potrà esser ammessa.

2) Il testamento deve essere assolutamente scritto.

3) Il padre deve dichiarare nell'atto estremo della sua volontà, che i figli devono essere suoi eredi *ab intestato*. Conseguenza della legittimazione è che i figli devono acquistare l'eredità del padre; e questo testamento non è ordinario e normale, in esso non si contiene una vera istituzione di erede: onde non si potrà nominare un erede estraneo, giacchè, non ostante il testamento, ha luogo la successione *ab intestato*.

4) Finalmente questi figli naturali dopo la morte del loro genitore devono provare non solo l'esistenza e il tenore del testamento, ma accettare l'eredità del padre quali *legitimi heredes* per conseguire la legittimazione.

In tutta questa dottrina, studiata attentamente, si rileva una inesattezza ben grave. Ammettiamo che l'unica legge che stabilisce la legittimazione per testamento non può essere altra che la Novella 74. c. 2.; e che la Nov. 89. c. 10, non fa che replicare tutte semplicemente le determinazioni della prima, senza esserne interpretazione autentica, nè portarvi nessun cambiamento. Dobbiamo però accettare il c. 10. della Novella 89. nel medesimo significato del c. 2. della Novella 74. Questo passo così suona: « Si tamen naturalium solum liberorum pater propter fortuitas quasdam circumstantias id non fecerit (scilicet si precis imperatori non obtulerit), moriens vero in uno ex praedictis casibus in testamento scripserit, se velle, ut liberi legitimi sint sibi que succedant, etiam huius rei licentiam ei concedimus, modo liberi post mortem patris, sic supplicent et hoc doceant et testamentum patris ostendant, et quatenus eos pater heredes scripserit, heredes existant et hoc ab imperatore consequantur; ut id, quod agitur, patris simul et imperatoris donum sit, vel quod idem est, naturae simul et legis. Atque haec dicimus, nihil ex prioribus modis legitimis tollentes, sed et hunc addentes, in quibus eos accipere non licet. Legitimis enim existentibus, et naturalibus postea vel antea natis nequaquam ius legitimorum illis tribuatur, nisi per constitutiones nostras, quae modo dum dotalium instrumentorum introduxerunt ».

Da questa legge possiamo ricavare i principii che seguono:

1) La legittimazione per testamento può essere solamente ammessa, quando vi sono i requisiti di quella per rescritto dell'imperatore, e questo per una qualunque congiuntura non ha potuto essere impetrato durante la vita del padre. Che poi il padre abbia dovuto notoriamente manifestare in vita la volontà di voler legittimare, dal che sia stato impedito poscia, non è detto in questo luogo; solamente la Novella 89 dà a pensare alquanto con le parole: *si non valuerit id agere*; ma abbiamo già notato che questa novella costituzione non ha nulla modificato della prima, e

(h) *Marezoll*. Giornale di Giessen I. pag. 68. — V. anche *Wening*, §. 498 — *Mackeldey*, §. 554. not. (d).

che si debba pigliare nel medesimo significato di questa. Per ciò si mostra erroneo, essere la morte del padre dopo la formazione del testamento condizione di questa legittimazione; la parola *moriens* è di por sè poco valido sostegno.

2) Secondo principio è che il padre deve istituire il figlio naturale crede nel testamento suddetto, e dichiarare la sua volontà che egli debba essere figliuol legittimo. Che questo testamento, non sia testamento ordinario, e non contenga una vera istituzione di erede, ma solamente che il figlio debba valere quale erede *legitimus* ossia *ab intestato*, è opinione non vera. Testamento senza istituzione di erede, e vera istituzione, non esiste, e volerlo ammettere in questo caso, è contrario ai principii più sani del diritto; pur lasciando da banda che le parole stesse della legge accennano, nè potrebbe essere altrimenti, ad una reale istituzione di erede: *quatenus eos pater heredes scripserit*.

Viene da ciò che non si può giustificare l'altra conseguenza del *Marezzoli* che in un simile testamento non possono essere istituiti eredi estranei. Falso è pure che non possa essere un testamento *parentum inter liberos*; l'argomento messo avanti è insussistente: giacchè i figli naturali valgono qui perfettamente come figli legittimi.

3) Finalmente il figlio naturale deve entrare nella eredità del padre, e, domandando il rescritto di legittimazione, deve provare nel tempo stesso la verità dei requisiti già decorsi nei n. 1. 2. Per la qual cosa accettiamo il principio che l'entrare nell'eredità è una *conditio sine qua non* della legittimazione *per testamentum*. Quando il *Marezzoli* ammette che il figlio per andare al possesso de' beni ereditarii, ha bisogno di essere legittimato, segue la falsa opinione che qui si tratti di una successione *ab intestato* e non testamentaria. Solamente quando il padre espressamente o tacitamente mette per condizione al figlio la legittimazione, perchè divenga erede, allora può essere giustificabile il principio già enunciato del *Marezzoli* (i).

IV. Fine della patria potestà.

§. 131.

A. Per emancipazione.

T. Inst. quibus modis ius potestatis solvitur (1. 12.). — T. D. de adoptionibus et emancipationibus (1. 7.). — C. de emancipationibus liberorum (8. 48.).

L'emancipazione è quell'atto volontario del padre per mezzo del quale un figlio di famiglia esce dalla patria potestà e addiviene *homo sui iuris*.

1) L'emancipazione è un atto essenzialmente volontario, e vi bisogna però la libera dichiarazione di volontà del padre di emancipare il proprio figlio (a); egli non vi può essere costretto, tranne nei seguenti casi:

a) quando gli si lascia qualche cosa a condizione che emancipi il fi-

(i) *Fangerow*, Pandette I. §. 256.

(a) L. 8. si tabul. test. (38. 6.). — §. ult. Inst. h. t. Et quidem naturales liberi, neque adoptivi ullo poene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere.

glio, o quando l'emancipazione è assegnata come *modo* in un legato; se per contrario ad un fidecommesso fosse aggiunto il modo: *ut filium emanciparet*, non si poteva, strettamente parlando, forzare il padre all'adempimento; ma per equità fu accettato *extra ordinem* il principio di obbligarlo ad adempirvi (b);

b) quando tratta suo figlio in modo crudele ed inumano (c);

c) quando un impubere adottato prova dopo esser giunto alla pubertà, che non gli sia compatibile l'adozione (d);

d) quando alcuno ha un figlio emancipato discolo, e da questo figlio ha nipoti che son soggetti alla patria potestà di lui, egli può istituire eredi questi nipoti a condizione che fossero emancipati dal loro padre (e).

2) È secondamente necessario l'assenso del figlio; ma non vi bisogna una formale dichiarazione della volontà, essendo sufficiente che il figlio non contraddica; perciò possono essere emancipati anche gl' infanti (f).

3) Finalmente si richiedono le esterne formalità, che variano secondo le tre specie di emancipazione: legittima, anastasiana e giustiniana. L'emancipazione legittima, abolita da Giustiniano, procedeva così: come per emancipare bisognava rigorosamente l'atto di manumissione, il padre non poteva emancipare il figliuolo, se non lo avesse avuto prima come mancipio; a questo scopo mancipava suo figlio ad un amico *fiduciae causa*, il quale dovea poscia rimanciparlo a lui, ed in tal modo egli acquistava il potere di manometterlo ed emanciparlo. Anastasio introdusse l'emancipazione per rescritto impetrato dal padre, e deposto presso il magistrato, e Giustiniano, abolendo l'antico diritto, determinò essere sufficiente la di-

(b) L. 114. §. 8. de legatis (30.) — L. 92. de cond. et de monst. (33. 1.). — L. 114. de leg. Marc. Sed si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere, potestas enim patris inaeestimabilis est. — L. 92. de cond. Ulp..... Arbitror tamen extra ordinem debere constitui, eum, qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare; neque enim debet circumveniri testantium voluntas.

(c) L. 3. si a par. quis man. (37. 12.). Papin. Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem afficiebat, coëgit emancipare, quo postea defuncto pater, ut manumissor, bonorum possessionem sibi competere dicebat; sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.

(d) L. 32. 33. de adopt. (1. 7.). Papin. Nonnumquam autem impubes, qui adoptatus est, audiendus erit, si pubes factus emancipari desideret; idque causa cognita per iudicem statuendum erit. §. 1. Imperator Titus Antoninus rescipit, privignum suum tutori adoptare permitendum. — L. 33. Marc. Et si pubes factus non expedire sibi in potestatem eius redigi probaverit, aequum esse emancipari eum a patre adoptivo; atque ita pristinum id recuperare.

(e) L. 16. §. 2. de curat. furios. (27. 10.). Tryphon. Potuit tamen pater et alius providere nepotibus suis, si eos iussisset heredes esse, et exheredasset filium; eique quod sufficeret, alimentorum nomine ab iis certum legasset addita causa necessitateque iudicii sui, aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato iam filio nati fuissent, sub conditione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo.

(f) L. 3. C. h. t. — N. 89. c. 11. — Paul. Recept. sent. II. 23. 3.

chiarazione del padre innanzi ad un magistrato competente (*apud acta*) (g).

4) L'emancipazione fa sì che il figlio di famiglia diventa *sui iuris*; i figliuoli dell'emancipato escono dalla patria potestà dell'avo e sono assoggettati a quella del padre loro. Intanto rimangono salde le relazioni che s'originano dalla natura stessa: così non si perde per quest'atto il diritto degli alimenti, e l'*obsequium* del figlio verso dei suoi genitori. Se vi è un peculio profettizio, il figlio ritiene per sé questo patrimonio, quando il padre non ne prende conto nell'atto della emancipazione; se il peculio invece è avventizio, il figlio emancipato acquista dal momento dell'emancipazione il diritto assoluto, terminando così l'usufrutto del padre di famiglia, sebbene Costantino abbia rilasciato a questo il terzo, e Giustiniano la metà dell'usufrutto come *premium emancipationis*.

Nell'antico diritto l'emancipazione cagionava la perdita dei diritti di agnazione, e per conseguenza cadeva il diritto della successione legittima; ma quando all'agnazione fu sostituita la cognazione, gli emancipati furono chiamati in concorrenza co' *sui heredes* (h).

§. 132.

B. Per altri motivi.

La patria potestà può estinguersi involontariamente pe' seguenti motivi :

1) per morte di colui che la esercita, ma questo è solamente vero pei figli; poichè i nipoti ch'erano sotto la patria potestà di lui, cadono sotto quella del loro padre, e non addiventano come quest'ultimo *sui iuris*;

2) *per capitis deminutionem maximam et mediam*. Ma se il padre addivenisse prigioniero di guerra il suo diritto di patria potestà sarebbe solamente sospeso, e riviverebbe per effetto del *ius postliminii*;

3) per dignità, quando si veniva assunto all'ufficio pubblico di grande

(g) L. 3. L. 6. C. h. t. *Iustin.* Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri, et venditiones in liberas personas figuratas, et circumdationes inextricabiles, et iniuriosa rhapsimata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus; iubemus, huiusmodi circuitu in posterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere, vel sine sacro rescripto intrare competentis iudicis tribunal, vel eos adire magistratus, quibus hoc facere vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est, et filios suos vel filias, nepotes vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam a sua manu dimittere, et legitima iura omnimodo habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit, et peculium donare, vel alias res liberalitatis titulo in eos trasferre, et eas res, quae acquiri indignantur, per usumfructum secundum nostrae constitutionis modum detinere, et omnia facere, vana tantummodo, secundum quod iam dictum est, observatione sublata. — Ved. §. 6. Inst. h. t.

(h) L. 4. §. 10. de gradib. (38. 10.). — L. 11. C. de leg. hered. (6. 38.). — §. 9. 11. 12. Inst. de hered. quae ab intest. (3. 1.). — Nov. 81. c. 2. Ved. vol. II. cap. 2.

importanza, come al patriziato, alla dignità di vescovo, e in questi casi il figlio conservava il suo peculio (a);

4) per pena, qualora il padre avesse esposto il proprio figlio, ovvero avesse dato mano al disonore della figlia (b);

5) finalmente l'estinzione della patria potestà poteva avvenire per parte del figlio e propriamente per morte, per la perdita della cittadinanza e della libertà; ed in fine v'era un cambiamento di potestà, e però una relativa estinzione, per la sottomissione del figlio ad un'altra patria potestà: come avveniva anticamente per la *manus* e pel *mancipium*, e nel nuovo diritto ancora per adozione e per l'arrogazione del padre.

CAPITOLO III.

DELLA TUTELA

• TT. Inst. I. 13-26; — D. XXVI. XXVII.; — C. V. 28-75; — *Gai.* Inst. I. §. 142-200. — *Ulp.* XXII. — *Donelli*, comm. iur. civ. lib. III. lib. XV. c. 18-22.; — *Faber*, iurispud. Papin. tit. 13-26. — *Le Fort*, essai historique de la tutelle en droit Romain, Geneve 1850.

§. 133.

I. Concetto della tutela.

I. Può avvenire che le leggi riconoscano la qualità di *sui iuris*, e sieno quindi costrette a concedere la padronanza di sè stesse a persone, le quali per altre circostanze, come per difetto di età, mancano di attitudine onde provvedere ai proprii interessi. Un'indipendenza assoluta, prima che per legge e per natura non sia compito il pieno sviluppo fisico ed intellettivo di un individuo, è pericolosa in riguardo sia agl'interessi di così fatte persone, sia a quelli dei loro eredi.

1) Secondo il diritto civile gl'impuberi e le donne, che per qualunque caso, potevano non essere sottoposti alla *potestas*, alla *manus*, o al *mancipium*, erano, quantunque *sui iuris*, limitati nello esercizio de' loro diritti (§. 19.). Perchè si potesse supplire al difetto della capacità di operare, la legge rese tali persone soggette ad un' altra autorità detta tutela,

(a) §. 4. Inst. h. t. (1. 12. Filiusfamilias si militaverit, vel si senator vel consul fuerit factus, manet in patris potestate: militia enim vel consularis dignitas a potestate patris filium non liberat. Sed ex constitutione nostra (L. 5. C. de consul.) summa patriciatus dignitas, illico imperialibus codicillis praestitis, filium a patria potestate liberat. — L. 5. C. de Cons. (12. 3.). — Nov. 81. — L. 66. C. de decurionib. (10. 31.).

(b) L. 5. C. de inf. exp. (8. 52.).

patrocinio; *tutores* furon detti coloro che l'esercitavano, *pupilli* gl'impuberi sottoposti; e, secondochè riguardasse le donne o gl'impuberi, fu detta *tutela mulierum*, e *tutela impuberum*. La prima cessò nel diritto posteriore, e rimase la tutela degl'impuberi (a).

2) La tutela vale a compiere la capacità del pupillo; qualunque atto questi intraprenda, avrà sempre il carattere di un fatto naturale, il quale per addivenire giuridico ha bisogno dell'intervento del tutore, *interpositio auctoritatis*, addivenendo il tutore l'*auctor* dell'intrapresa azione: così il pupillo con l'interposizione del tutore viene a formare una persona compiuta rispetto alla capacità di operare.

3) Con l'incapacità di compiere atti civili, l'impubere ha l'incapacità di amministrare i proprii beni; e però la tutela oltre all'ufficio di dare autorità alle azioni dell'impubere, ha quello dell'amministrazione dei beni.

4) Quest'autorità del tutore molto differisce da quella del padre di famiglia; poichè questa è mantenuta dalle leggi in interesse del padre piuttosto che del figlio, nè la potestà paterna dà valore giuridico agli atti del figlio; laddove l'autorità che nasce dalla tutela, è creata in favore speciale di coloro sui quali si esercita. La tutela fu nel diritto posteriore considerata quale *munus publicum*, e fu definita per quella relazione di due persone, mercè cui l'una deve regolare le faccende e compiere l'imperfetta personalità dell'altra, incapace per le proprie qualità personali.

II. Vi sono altre persone le quali, sebbene capaci a compiere un atto giuridico, sono nondimeno considerare di limitata capacità nell'amministrazione de' loro beni: queste sono i *pubes*, i furiosi, i prodighi, i quali tutti, non appena compivano il quattordicesimo anno, *ipso iure* acquistavano il diritto d'imprendere di per sè atti legali (§. 19). Onde per queste persone non trattavasi d'imperfetta capacità, ma sibbene temevasi d'una amministrazione improvida e poco sicura, e però furon dati a costoro semplici amministratori; nè era possibile dar loro un tutore, non essendovi bisogno di compiere la personalità, che in dette persone la legge ammetteva perfetta. Quest'amministrazione data per legge è detta *curatio*, cura, e l'amministratore *curator*.

La differenza adunque che corre tra tutela e cura è, che la prima consiste massimamente nell'ufficio d'interporre l'autorità per compiere l'imperfetta capacità di operare (*auctoritas*); mentre alla cura non appartiene

(a) L. 2. pr. §. 1. de tutelis (26. 1.): *Paul.* Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac promissa. §. 1. *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt; itaque appellantur tutores, quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur.*—Ved. §. 1. 2. Inst. de tutelis (1. 13.).—Ved. Appendice VIII. alla fine del presente capitolo.

l'*auctoritas*, ma solamente l'amministrazione dei beni di colui ch'è creduto per le sue qualità personali incauto nell'operare. Gli atti intrapresi da coloro che sono sottoposti alla tutela sono privi di qualunque valore giuridico, ed addiventano legali con l'*interpositio auctoritatis* del tutore; ma quelli fatti dai sottoposti alla cura, sono già per sè fatti giuridici.

ANNOTAZIONE

Una strana opinione è messa innanzi dallo *Schweppe* (b) sul proposito della differenza tra tutore e curatore. Egli afferma nascere dalla tutela una *potestas* civile, per cui l'impubere perde ogni sua indipendenza e viene assorbito dalla persona del tutore; ed essere per contrario la cura un istituto pretorio, da cui non nasce *potestas*, e perciò nè meno unità personale.

Se volessimo dare alla parola *potestas* un significato volgare, non sarebbe difficile andare d'accordo, poichè dalla tutela in certo modo viene una maniera di subordinazione del pupillo al tutore, ed in questo significato sono da prendere le parole di Servio nel testo sopracitato. Ma che i giureconsulti romani, od alcuno di essi, abbiano mai avuto il pensiero di dare alla *potestas* del tutore il medesimo valore della *potestas* del padre di famiglia o della *manus mariti* è del tutto erroneo, qualora si esamini la cagione che fè nascere la tutela. Mentre la *potestas* nel suo concetto fondamentale consiste in ciò, che colui che vi è sottoposto non ha, nè può avere interesse alcuno, ma tutto ciò che dovrebbe venire a lui, avvantaggia quello che esercita la *potestas* medesima; nella tutela al contrario l'interesse ed il vantaggio è tutto di colui che vi è soggetto; ed anche quando nell'antico diritto la tutela era rigorosamente un diritto, non era perciò una *manus* o una *potestas* nel più stretto significato, ma bensì un diritto di patrocinio. Che poi la tutela fosse una istituzione civile, e la cura un istituto del diritto pretorio è interamente falso: giacchè la cura è ricordata nelle leggi delle XII Tavole. È vero che lo *Schweppe* si è salvato da questo errore coll'aggiungere essere stata la cura *furiosorum et prodigorum* delle XII Tavole una tutela dapprima, che più tardi assunse il carattere di una cura: ma è questa un'opinione tutta propria, nè punto provata.

Il concetto de' Romani per la tutela era certamente quello che fu già da noi esposto. Gl'impuberi e le donne erano stimale quali persone imperfette, e questo giudizio poteva benissimo discendere dal pensiero, che colui che per propria natura e condizione non è atto alle armi, non ha perfetta la capacità personale, tranne coloro, che sono inetti per cause accidentali: come l'ammalato, lo storpio, il cieco e simili: giacchè questi non sono incapaci assolutamente a portare le armi, e però non hanno personalità imperfette. Le persone adunque incapaci a difendersi validamente han bisogno del patrocinio di un uomo: e questo è il primo concetto storico della tutela. Quest'uomo è il tutore che difende e compie in uno l'imperfetta personalità della donna e dell'impubere per mezzo della sua *auctoritas* (da *augere* accrescere, compire). Naturalmente ciò era quando l'impubere e la donna fossero *sui iuris*; imperocchè se tali non fossero, dell'*auctoritas tutoris* non abbisognavano; è anzi impossibile che si desse un tutore alla persona dell'*homo alieni iuris*, ch'era veramente assorbita da colui che teneva la *potestas* nel più stretto significato civile.

(b) *Schweppe*, nel suo *Magazzino giuridico*, n. 7.

Tutt' altro è poi della cura, il cui fondamento principale è l'amministrazione de' beni: è possibile anche che il curatore s'interponga nelle azioni di chi ha in cura: ma questa interposizione non piglia carattere d'*autoritas* o di *potestas*, sibbene quello di *consensus*, che non serve a compire una personalità imperfetta come l'*autoritas*. È vero che in molti punti le regole sono le medesime e nella tutela e cura, le quali finalmente convergono in ciò che ambedue sono protezione, sostegno per coloro che han bisogno dell'aiuto altrui per peculiari condizioni personali.

La distinzione si fa manifesta nelle leggi. Di fatti ogni tutore ha diritto d'interporre la sua autorità: « Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt » (d). Il curatore al contrario non può interporre autorità, e sebbene in qualche luogo l'assenso di lui è chiamato *autoritas*, è questa una improprietà di linguaggio: poichè quando si parla dottrinalmente è messa debita distinzione tra *autoritas* e *consensus* comesi scorge dalla iscrizione del titolo DE AUCTORITATE ET CONSENSU tutorum et curatorum (e). Così quando un impubere per eccezione abbia un curatore, e avviene ch'egli abbia da operare da sè stesso come a mo' d'esempio debba adire una eredità, dev'essere assolutamente nominato un tutore, perchè il curatore non può dare l'autorità richiesta.

II. Della tutela.

A. Conferimento di essa.

§. 134.

1) Della tutela testamentaria.

T. Inst. de tutelis (1. 13.); — qui testamento tutores dari possunt (1. 14.); — D. de testamentaria tutela (26. 2.); — C. h. t. (3. 28.).

Uno dei modi di conferire la tutela è lasciarla nel testamento, e però è detta testamentaria, e viene dal diritto che ha il padre di nominare un tutore per suo figlio nel testamento. Questa è di due specie: tutela testamentaria perfetta, ed imperfetta, o *minus quam perfecta*.

I. Le leggi delle XII Tavole davano facoltà al padre di famiglia di nominare nel proprio testamento un tutore pel figliuolo; onde questa tutela suppone che il padre avesse avuto su lui fino al punto della morte la patria potestà; secondariamente è necessaria la formazione di un testamento con la nomina del tutore, ovvero la nomina può esser fatta in un codicillo, purchè questo non sia *ab intestato*: e, come esser chiamato tu-

(d) Ulp. XI. 25. — Ved. L. 18. pr. de adm. et per. tut. (26. 7.). — L. 49. de acq. (29. 2.).

(e) L. 1. §. 2. 3. de adm. et per. tut. (26. 7.). — L. 2. C. qui leg. pers. in iud. (3. 6.). — L. C. de adm. tut. (3. 37.).

tore in un testamento val tanto, quanto istituito erede, conseguentemente per essere validamente chiamato alla tutela, bisogna avere la *testamenti factio passiva*, o la idoneità di poter succedere per testamento (a). Una temporanea incapacità non nuoce, potendosi attendere, finchè il tutore nominato nel testamento addivenga idoneo, e conferire ad altri nel frattempo, e sussidiariamente la tutela dativa (b). La tutela testamentaria può esser data anche sotto condizione, ma ad ogni modo non si potrà mai nominare un tutore speciale, dovendosi affidar sempre una tutela universale (c).

II. Quando in una tutela testamentaria manca alcuno degli anzidetti requisiti, essa può nondimeno esser confermata dal magistrato, ed allora dicesi tutela testamentaria imperfetta introdotta dal diritto pretorio; essa avviene in questi casi:

1) Quando il padre ha assegnato un tutore pel figliuolo emancipato, nel qual caso, essendo estinta la patria potestà per mezzo della emancipazione, mancava al padre il *ius dandi* secondo il diritto civile. Questa tutela può essere confermata *sine praevia inquisitione*, indifferentemente se il figlio emancipato fosse istituito erede o diseredato (d). Similmente quando il padre nel testamento ha prescritto un tutore pel figlio naturale, la tutela può esser confermata *praevia inquisitione*; ma, se al detto figliuolo non fu lasciato nulla nel testamento, la tutela rimane senza effetto (e). Se il padre ha nominato il tutore in un codicillo non confermato, ovvero in un *testamentum iniustum o imperfectum*, la tutela testamentaria può esser mantenuta valida *sine praevia inquisitione* (f). Quando il tutore

(a) L. 3. pr. 21. h. t. — L. 3. pr. h. t. *Ulp.* Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui [codicillis testamento confirmatis scripti sunt. — L. 21. h. t. *Ulp.* Testamento tutores hi dari possunt, quibus testamenti factio est. — L. 1. pr. h. t.: *Gai.* Lege XII. tabularum permissum est parentibus liberis suis, sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare. — conf. *Ulp.* XI. 14. — ved. not. (f).

(b) §. 2. Inst. (1. 14.). — §. 2. Inst. qui test. tut. dari poss. (1. 14.). *Variosus* vel minor XXV annis tutor testamento datus tunc tutor erit, quum compos mentis, aut maior XXV annis factus fuerit.

(c) §. 3. 4. Inst. h. t. — L. 12-15 h. t. *Ulp.* Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus; L. 13. *Pomp.* Etsi datus fuerit, tota datio nihil valebit. L. 14. *Marc.* Quia personae, non rei vel causae datur. L. 15. *Ulp.* Si tamen tutor detur rei Africanæ, vel rei Syriaticæ, utilis datio est; hoc enim iure utimur.

(d) L. 1. §. 1. h. t. — §. 5. Inst. h. t. Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia praesidis omnimodo, id est sine inquisitione.

(e) L. 7. de confirm. tut. (26. 3.). *Hermog.* Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur.

(f) L. 1. §. 1. L. 3. cod. *Modest.* Sunt quidem dati recte tutores secundum testamenta, id est, et a quibus oportet, et quibus oportet, et quomodo oportet, et ubi oportet. Pater enim filiis, vel nepotibus, quos habet in potestate, recte dat tutorem, sed in testamento. Si autem fuerit persona talis, quae non potest dare, velut mater aut patronus aut extraneus quis, aut

stesso ha scritto la propria nomina in contraddizione del senatoconsulto Liboniano, non può esser certamente un tutore testamentario; ma può venir confermato *prævia inquisitione*. Se poi nel medesimo testamento sono nominati altri tutori, egli varrà come curatore (g).

2) Se il tutore è assegnato dalla madre, non può certamente esser questa una valida nomina secondo il diritto civile, poichè non avendo la patria potestà, le manca per conseguenza il *ius dandi*. Una tale tutela può esser confermata dal magistrato dopo un' inchiesta, quando la testatrice ha veramente istituito suo figlio erede nel testamento (h).

3) Quando un terzo ha nominato un tutore nel suo testamento per un impubere, che egli ha istituito erede, la tutela può esser confermata dal magistrato *prævia inquisitione* (i).

Confermato che sia il tutore in uno di questi casi, non verrà propriamente considerato come tutore testamentario, ma sibbene come tutore dativo. Il conferimento di questa tutela ha per origine la conferma del magistrato, e da questo momento solo incomincia a correre il perentorio per le scuse legittime (k).

persona cui non potest dari, veluti si pater filio non existenti in potestate, aut filiae dederit, aut si dixerit: *precor te curam habere rerum*, aut in codicillis non confirmatis dederit tutorem, vel curatorem, tunc, quod deficit, repleti a consulari potestate constitutiones concesserunt, et secundum mentem confirmari tutores. — L. 2. C. h. t.

(g) L. 29. de testam. tut. *Papin.* Ex sententia Senatusconsulti Liboniani tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit. Quum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, curatorem dandum respondi, nec admittendam excusationem, quam iure publico habebat, quoniam promississe videbatur nec ut suspectum removeri. — L. 18. §. 1. de leg. Corn. de fals. (48. 10.).

(h) L. 4. de test. tut. (26. 2.). — L. 1. §. 2. — L. 2. pr. de conf. tut. (26. 2.). *Nerat.* Mulier liberis non recte testamento tutorem dat; sed si dederit, decreto Praetoris vel Proconsulis ex inquisitione confirmabitur, nec satisfacit pupillo rem salvam fore. — L. 4. qui petant. (26. 6.). — L. 1. C. h. t.

(i) L. 4. §. 5. de conf. tut. (26. 3.). *Paul.* Si patronus, vel quis extraneus impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus, non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem item dilexit, ut eum heredem institueret. — L. 5. *Papin.* Tutores a patrono testamento datos iussit Praetor magistratus confirmare; hi cautionem quoque accipere debuerunt, nec voluntas eius, qui tutorem dare non potuit, negligentiam magistratum excusat. Praetor denique non ante decretum interponere potest, quam per inquisitionem idoneis pronuntiatis. Unde sequitur, ut, si tutelae tempore solvendo non fuerunt, in id quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio decernatur.

(k) L. 40. §. 2. de admin. et per tut. (26. 7.). *Scaev.* Testamento dati tutores, quod ruptum videbatur, cessaverunt in administratione tutelae, et a Praeside tutor datus est pupillo; iussi autem sunt etiam hi, qui dati erant testamento tutores, tutelam administrare coniuncto eo, qui a Praeside datus coeperat administrare; quaesitum est, ex testamento datos periculo antecedentis temporis administrationis utrum ex apertis tabulis, an ex quo iussi sunt, pertineat ad eos? Respondit, ad eos, de quibus quaereretur, nullum antecedentis temporis periculum pertinere. — L. 1. C. de test. tut. (5. 23.).

Dalla conferma del magistrato incominciano i suoi diritti ed i suoi obblighi; sicchè egli prima della conferma non amministra, nè è tenuto pei pericoli delle omissioni; se amministra, può esser chiamato in giudizio non come tutore con l' *actio tutelae*, ma come gestore di affari con l' *actio negotiorum gestorum*. In questo si distingue il *tutor confirmandus* dal *tutor testamentarius*; mentre in tutti gli altri casi non v'ha distinzione alcuna, poichè egli non solo ha preferenza sopra i legittimi, il che lo distingue ancora dal vero tutore dativo; ma non può scusarsi altrimenti, che rinunciando alla porzione ereditaria od al legato (l).

§. 135.

2) Della tutela legittima.

T. Inst. de legitima agnat. tutela (1. 13.); — de legitima parentum tutela (1. 18.).
— C. quando mulier tut. off. fungi pot. (3. 35.).

1) Quando non vi è testamento, o nel testamento non è nominato un tutore, od anche quando viene a mancare il tutore testamentario, allora ha valore la massima, *ubi successione est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet*, e però vengono chiamati alla tutela i più prossimi parenti secondo l'ordine di successione (a). Nelle antiche leggi era chiamato il più prossimo agnato, essendo l'agnazione fondamento e misura della successione *ab intestato*; come ancora il diritto della tutela legittima era dato al *parens* ed all'*extraneus manumissor* (tutela fiduciaria). Sendo, nel diritto posteriore chiamati i cognati all'eredità *ab intestato*, sono quindi designati alla tutela i parenti secondo l'ultimo ordine di successione (b).

(l) L. 28 pr. de testam. tut. (26. 2.). *Papin.* Qui tutelam testamento mandatam excusationis iure suscipere noluit, ab his quoque legatis summovendus erit, quae filia eius relicta sunt, modo si legata filii non affectione propria, sed in honorem patris meruerunt. — L. 3. C. quando mul. (3. 35.). — L. 11. h. t. — L. 32-33 de excus. (27. 1.). — Nov. 89. c. 14. — Nov. 118 c. 5.

(a) Inst. infin. (1. 17.). — L. 6. h. t. (26. 4.). — L. 6. de leg. tut. (26. 4.). *Paul.* Intestato parente mortuo agnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit; quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. Idem dicimus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit, nam tutela eius ad agnatum revertitur. — §. 2. Inst. de legit. agn. tut. (1. 13.).

(b) Nov. 118. c. 5.: Ex his autem, quae de hereditate diximus et disposuimus, et quae de tutela sunt, manifeste consistunt. Sancimus enim unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure, sed omnibus similiter ad tutelam vocandis quique ex masculorum, quique ex femina-

2) La tutela era nell' antico diritto un *munus civile*, e la donna non poteva conseguire una tutela legale, nè esser nominata tutrice in un testamento, sebbene qualche volta ciò era per privilegio concesso alla madre (c). Questo stato cambiò per ordine di Valentiniano II. Teodosio I. e Arcadio, onde in alcune condizioni la madre ebbe diritto alla tutela (an. 390) (d). Alla costituzione di questi principi si rannodano le leggi di Valentiniano III. e Teodosio II. e finalmente di Giustiniano (e). Secondo quest' ultime leggi il diritto della tutela legittima trovasi per le donne ordinato come segue:

a) Solamente la madre e l' ava sia paterna sia materna, possono essere idonee alla tutela legittima dei figli legittimi o naturali; esse hanno preferenza sui parenti collaterali, ma non sul padre o sull' avo paterno; la madre ha preferenza sull' ava paterna e sull' avo materno, la prima concorre con quest' ultimo; l' ava paterna e la materna non si escludono, ma possono assumere insieme la tutela.

b) La madre e l'ava non hanno l'obbligo della tutela, ma solamente il diritto, onde per recusare non han bisogno di scusa legittima, e non sono tenute di nulla per un' amministrazione omessa. Questa tutela ha la singolarità che le relazioni obbligatorie tra madre e figlio non fanno ostacolo (f).

3) La tutela della madre e dell' ava è sottoposta alle seguenti condizioni: 1) Esse devono promettere di non procedere a seconde nozze: ma il giuramento richiesto fu tralasciato da Giustiniano (g).

2) Esse devono rinunciare ad *omne auxilium* e al beneficio del SCto Velleiano.

3) Non essendovi ipoteca legale, devono dare 'in pegno tutti i loro beni.

4) La tutela della madre e dell' ava materna si estingue con la celebrazione del secondo matrimonio, e se prima di questo, chi di esse sia

rum prole descendunt minori coniuncti. Haec autem dicimus, si masculi et perfectae aetatis sint, et nulla lege prohibeantur tutelam suscipere, neque excusatione competente sibi utantur. Mulieribus enim etiam nos interdiciamus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus si luter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani SCti renuntiant. Haec enim servantes omnibus a latere cognatis quoad tutelam praepointur, testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas; defuncti namque voluntatem et electionem praeponi volumus.

(c) L. 18. de tut. (26. 1.). *Nerat.* Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent.

(d) L. 2. C. quando mulier (3. 33.).

(e) L. 6. ad SC. Tertull. (6. 56.). — L. 6. C. in quib. caus. pign. (8. 15.). — L. 3. C. h. t. — L. 4. C. de confirm. tut. (3. 29.). — Nov. 22. c. 38. 40. — Nov. 94. praef. c. 1. 2. — Nov. 113. — Nov. 118. c. 5. ved. not. b.

(f) Nov. 94. c. 1.

(g) Nov. 94. c. 2.

tutrice non ha dato i conti, non solo comincia un' ipoteca legale sul suo patrimonio e su quello del secondo marito, ma si applicano a lei le pene della violazione dell' anno di lutto (h).

ANNOTAZIONI

È controverso se la tutela legittima del *parens manumissor* e la fiduciaria dei *liberi manumissoris* sia cessata per la Novella 118. Quanto alla tutela fiduciaria dell' *extraneus manumissor* è indubitato che nella legislazione giustiniana non è più: giacchè la tutela fiduciaria di chi manumetteva una donna cessò fin da quando ebbe termine la *coemptio* e la *conventio in manum*; e caduta l'antica forma dell'emancipazione, cessò pure la tutela fiduciaria dell' *extraneus manumissor* sull'emancipato. Ma nel §. ult. Inst. de leg. agnat. succes. (3. 2.) Giustiniano ordinò che anche nella nuova forma di emancipazione, il padre che emancipa, deve avere i medesimi diritti dell'antico *parens manumissor*: così la tutela legittima (fiduciaria) *parentis manumissoris*, e la fiduciaria dei *liberi manumissoris* sono rimaste intatte, e hanno tuttora pratica importanza nel citato passo delle Istituzioni.

Ciò premesso, molti degli antichi giuristi e qualcuno moderno pretendono che queste tutele fossero state assorbite nella *legittima cognatorum tutela* della Novella 118 (i); cosicchè dopo questa costituzione non si dovrà più fare distinzione, se l'imputere fosse o no emancipato. Se si considera attentamente a quali conseguenze porterebbe questa opinione, non si mancherà di accettare la contraria sostenuta da molti recenti giuristi, che hanno in ciò seguito l'esempio del *Thibaut*. La ragione è, che Giustiniano con la Novella 118 ebbe intenzione di sostituire la *legittima cognatorum tutela* all'antica *agnatorum*, e non poteva quindi toccare una tutela fondata sopra altri principii. Le positive differenze delle due opinioni sono, che secondo quella del *Thibaut*, il padre ch' emancipa, è chiamato alla tutela prima degli altri cognati; laddove secondo l'altra opinione, concorrerebbe con tutti coloro, i quali son chiamati con lui alla successione, ossia con la madre e col fratello dell' emancipato. Adunque mentre la madre secondo gli ordinamenti di Giustiniano esclude ogni parente collaterale ossia i fratelli, secondo la seconda opinione il padre avrebbe un diritto inferiore; perciocchè non escluderebbe i collaterali, ma verrebbe in concorrenza coi fratelli dell' emancipato.

§. 136.

3) Della tutela dativa.

T. Inst. de Atiliano tutore (1. 20); — de tutor. et curat. datis (26. 5); — qui petant tut. vel curat. (26. 6.). — C. qui pet. tutores vel curatores (5. 31.); — ubi petantur tutores vel curatores (5. 32.); — qui dare tutores vel curatores possunt (5. 34.).

1) La tutela dativa, la quale consiste nella nomina del tutore fatta dal magistrato, era sconosciuta nell' antichissimo diritto romano; imperocchè, sendo la tutela un diritto di famiglia, non stava nella competenza

(h) Nov. 22. c. 40.

(i) *Rudorff*, il diritto di tutela, 3. vol. Berl. 1832-34. I. pag. 243.

del magistrato il conferire ad arbitrio un diritto ad uno anzichè ad un altro. Affinchè il magistrato potesse avere questa facoltà era mestieri di una legge speciale. Tale fu la legge Atilia, che dette al Pretore la facoltà di assegnare un tutore, onde questi fu detto *Atilianus tutor*; questa facoltà fu estesa ai Presidi delle provincie dalla legge Giulia e Tizia, e finalmente fu concessa alle altre magistrature (a).

Nella legislazione giustinianea il magistrato nomina il tutore per un impubere nei seguenti casi:

a) Quando non vi è tutore nè testamentario nè legittimo.

b) Quando la tutela fu conferita ad un tutore testamentario o legittimo, e questi si tolse d'impegno per iscusata necessaria o volontaria prima o dopo l'accettazione della tutela (b). Se il conferimento della tutela è nullo nel suo principio, come se a mo' d'esempio fosse data ad una persona non idonea, non ha luogo in questo caso la tutela dativa, ma quella legittima passa al susseguente parente (c).

c) Quando un tutore è rimosso come sospetto (d). Se al contrario il tutore viene a mancare per altri motivi, come per morte o *per capitis diminutionem*, ovvero coll'avvenimento di una condizione risolutiva per una tutela testamentaria, ha luogo una successione nell'ordine dei parenti legittimi, anzichè una tutela dativa; salvo il caso quando vi son molti tutori ed uno di essi viene a mancare; giacchè allora in luogo di colui che manca, si mette un *tutor dativus* (e).

d) Finalmente è nominato dal magistrato il tutore ogni qual volta si passa sopra la massima *tutorem habenti tutor non datur*; ossia quando bisogna sostituire un altro al tutore mancato; quando vi è lite tra tutore e pupillo, ed il Pretore nomina un tutore *ad hoc* (*tutor praetorius*); quando

(a) Pr. Inst. h. t. Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma a praetore urbano, et maiore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia, in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia.

(b) L. 17. de tut. (26. 1.). — L. 11. §. 1. de test. tut. (26. 2.). *Ulp.* Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus, in locum excusati dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam. §. 3. Idem dicimus, et si fuerit remotus, nam et hic idcirco abit, ut alius detur.

(c) L. 10. pr. de leg. tut. (26. 4.). — L. 73. pr. §. 1. de R. Iur. (50. 17.). *Scaevol.* Quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nisi quum feminae heredes intercedunt, §. 1. Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis heredibus, quum moritur, habuit habiturusve esset, si vixisset.

(d) L. 11. §. 2. de test. tut. (26. 2.). — red. not. (b).

(e) L. 11. §. 3. 4. de test. tut. *Ulp.* Quod si tutor testamento datus decesserit, ad legitimam tutela redit, quia hic Senatusconsultum cessat. §. 4. Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum eius, qui decessit, vel in civitate esse desiit, poterit dari alius; ceterum si nullus supersit, vel in civitate sit, legitima tutela succedit. — L. 6. de leg. tut. (26. 4.). — §. 2. Inst. de leg. agn. tut. (1. 13.).

bisogna assegnare un tutore per un tempo determinato, ovvero per un solo affare ec., in molti casi, potendosi fare a meno del tutore, concedesi in tali emergenze un curatore (f).

Il magistrato deve *ex officio* provvedere di tutore il pupillo, ovvero ad istanza privata. Hanno facoltà d'impetrare la tutela dal magistrato i parenti, gli amici, gl'istitutori ed i creditori del pupillo. La madre al contrario ed i più prossimi parenti che non possono o non vogliono accettare la tutela, hanno lo stretto obbligo di domandare il tutore pel loro pupillo, ed in caso di omissione essi perdono il diritto di succedere (g).

B. Dell' accettazione della tutela.

§. 137.

1) Incapacità e seuse necessarie.

Similmente come nel diritto di successione si possono avere nella tutela due specie d'incapacità, quelle per le quali qualunque conferimento della tutela è impossibile, e quelle nelle quali la tutela è già conferita, ma non si può esercitare; nel primo caso il conferimento della tutela va all'altro, che possa avere il diritto ad essere chiamato, e che sarebbe stato chiamato, se non si fosse trovato l'incapace; mentre nel secondo caso ha luogo sempre un *tutor dativus*; nel primo caso si ha la incapacità assoluta, nel secondo si hanno le seuse necessarie.

I. Sono strettamente incapaci oltre gli schiavi e i peregrini:

1) le donne, salvo la madre e l'ava sempre che si tratta della tutela legittima; ma se esse non vogliono far uso del loro diritto, non si può conferir loro una tutela dativa (a);

(f) L. 27. p. de test. tut. — L. 21. §. 4. — L. 37. de excus. (27. 1.). — L. 9. C. qui petant. (5. 31.). — L. 4. C. in quib. caus. tut. hab. (5. 36.). *Valerian. et Gallien.* Licet tutorem habenti tutor dari non potest, tamen certis ex causis, alius idoneus substitui sententia competentis iudicis solet in locum suspecti, qui convictus ac remotus est, et in locum excusati vel defuncti vel relegati tutoris. — §. 5. Inst. de curat. (1. 23.).

(g) L. 9. §. 5. de off. procons. (1. 16.). — L. 2. pr. §. 1. 2. qui pet. tut. (26. 6.). — L. 1. 4. §. C. qui pet. tut. (5. 31.). — L. 2. §. 28. ad SC. Tertull. (38. 17.). — L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.). *Theod. et Valent.* Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius patre tutorem ei secundum leges non petierint intra annum, omnesque eis, sive ab intestato, sive iure substitutionis, successionem eius, si impubes moritur, denegandam esse.

(a) L. 16. pr. *Gai.* Tutela plerumque virile officium est. — L. 18. de tot. (26. 1.). *Nerat.* Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutela specialiter postulent. — L. 1. C. quando mul. (5. 33.). — confr. L. 10. pr. de leg. tut. (26. 4.). — L. 73. de R. J.

2) i vescovi e i monaci (b);

3) il soldato; poichè se egli ha accettato per errore una tutela, è considerato come un comune gestore di affari, e quindi può esser chiamato, se bisogna, in giudizio non con l' *actio tutelae*, ma con l' *actio negotiorum gestorum* (c);

4) i minorenni prima di Giustiniano non erano assolutamente incapaci, ma avevano solamente una scusa necessaria: perciò la tutela poteva esser loro conferita, ma, finchè restavano nella minorità, si nominava un tutore dativo o un curatore (d). Giustiniano ordinò invece che un minore non poteva essere chiamato alla tutela (e); sicchè secondo quest' ultima disposizione, bisognerebbe dire, che quando il minore è chiamato per legge alla tutela, questa ricade all' altro prossimo parente dell' impubere; se poi il minorenne è nominato tutore nel testamento, bisogna pigliar la nomina come una *datio* condizionata, cosicchè sarà la tutela conferita a lui definitivamente, quando avrà raggiunto la maggiore età, e fino a quel tempo il Pretore assegna un tutore provvisorio (f).

II) Hanno al contrario solamente una scusa necessaria:

a) i furiosi, i muti, i sordi, i ciechi, ed altri i quali per malattia sieno inabili all' amministrazione, a questi si aggiunga il prodigo dichiarato, ch' è assomigliato interamente al furioso (g);

b) chi viveva in una capitale inimicizia col padre del pupillo, senza che mai ne sia seguita conciliazione alcuna (h); questa è suppo-

(b) Nov. 123. c. 5.

(c) L. 4. C. qui dare tut. (5. 34.). *Philip.* Militiae armatae muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, nec alio modo, etsi voluerit, tutor vel curator fieri potest; sed si errore ductus res administraverit, negotiorum gestorum actione convenitur.

(d) L. 9. §. 1. de tut. et rat. distr. (27. 3.). — L. 10. §. 7. de excus. (27. 1.). — §. 13. Inst. de excus. (1. 23.). Item maior septuaginta annis a tutela vel cura excusare se potest. Minores autem vigintiquinque annis olim quidem excusabantur, a nostra autem constitutione (L. 5. C. de leg. tut. (5. 30.)) prohibentur ad tutelam vel curam adspirare, adeo et nec excusatione opus sit; qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus, quum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et sub aliis reguntur aliorum tutelam vel curam subire.

(e) L. 5. C. de leg. tut. (5. 30.). — ved. not. antec.

(f) L. 32. §. 2. de test. tut. (26. 2.). — §. 2. Inst. qui dare tutores (1. 14.). *Paul.* Furiosus vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tunc tutor erit, quum compos mentis, aut maior vigintiquinque annis factus fuerit.

(g) L. 1. §. 2. 3. — L. 17. de tut. (26. 1.). *Paul.* Complura Senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi, et muti, et surdi tutoris alii tutores dentur. — L. 10. §. 1. de leg. tut. (26. 4.). — L. 40. de excus. (27. 1.). *Paul.* Post susceptam tutelam coecus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut valetudinarius deponere tutelam potest. — L. un. C. qui morbo se exc. (5. 67.).

(h) §. 9-11. Inst. de excus. (1. 25.). Item si propter inimicitias aliquem testamento tuto-

Diritto romano.

sta quando dopo la inimicizia il padre ha testato nominandolo tutore (i);

c) quando tra il padre del pupillo ed il tutore, o tra questo ed il pupillo eravi *controversia de statu* (k). Lo stesso valeva, quando tra il pupillo ed il tutore designato vi era una lite su tutto il patrimonio, sopra una parte importante del medesimo, o sopra un'eredità (l). Questa regola fu immensamente ampliata nel diritto nuovissimo da Giustiniano, ordinando, che niuno poteva esercitare l'ufficio di tutore, che avesse un qualche vincolo di obbligazione col pupillo sia come creditore, sia come debitore; nel primo caso il tutore deve provare il suo credito durante il perentorio delle scuse, e, se dissimula il suo stato di creditore nell'accettare la tutela, per pena perde la sua azione, rimanendo una sola *obligatio naturalis*. Se al contrario il tutore designato dice d'essere debitore, allora sarà valida la scusa quando sarà liquidato il debito; se egli tace di questa sua condizione ed accetta la tutela, non è liberato dal debito suo, nè per pagamento, nè per altri modi di estinzione. Se il tutore diventa creditore durante la tutela, non la perde perciò, ma gli si aggiunge un altro tutore o curatore (m);

d) quando il padre e la madre nel testamento hanno escluso uno dalla tutela (n);

e) colui che s' introdusse nella tutela per mezzo di donativi (o);

rem pater dederit, hoc ipsum praestat ei excusationem; sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administratos patri pupillorum promiserunt. §. 10. Non esse autem admittendam excusationem eius, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt. §. 11. Inimicitiae, quas quis cum patre pupillorum, vel adutorum exercuit, si capitales fuerint, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura solent excusare. — L. 6. §. 17. de excus. (27. 1.). — L. 8-10 de confr. tut. (26. 3.).

(i) L. 6. §. 17. pr. de excus. (27. 1.). *Modest.* Dat remissionem tutelae et capitalia inimicitia a creato facta adversus patrem pupillorum, nisi secundum testamentum appuerit datus tutor, nisi postquam scriptum est testamentum, capitale certamen his ad invicem constitit, vel nisi antiquior quidem est testamento inimicitia; propter hoc autem videtur esse datus tutor, ut supponatur debito, et negotiis; et hoc ex epistola Imperatoris Severi ostenditur. — §. 9. Inst. de excus. (1. 25.). — ved. not. pree.

(k) §. 12. Inst. de excus. (1. 25.). — L. 6. §. 18. eod. (27. 1.). *Modest.* Amplius autem absolvitur a tutela, quum quaestionem quis pupillo de statu movet, quum videtur hoc non calumnia facere, sed bona fide; et hoc Divi Marcus et Verus promulgaverunt. — L. 27. §. 1. de test. tut. (26. 2.).

(l) L. 20-21. pr. de excus. (27. 1.). — L. 16. C. eod. (5. 62.). — §. 4. Inst. h. t. (1. 25.). Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare nemo se potest, nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia est.

(m) Nov. 72.

(n) L. 21. §. 2. d. tut. et curat. dat. (26. 5.). *Modest.* Sed et si quis a parentibus prohibitus fuerit tutor esse, hunc neque creari oportet; et si creatus sit, nec recusaverit, prohiberi eum esse tutorem maugente epitimia. — L. un. C. si contr. matr. ultim. voluu. tutor datus ist. (5. 47.).

(o) L. 21. §. 6. (26. 5.). *Modest.* Semper autem maxime hoc observent magistratus, ne creent eos, qui se ipsos volunt ingerere, ut creentur, quique pecuniam dant; enim et poenae obnoxios esse promulgatum est.

f) coloro che son chiamati alla tutela con l'obbligo di dar sicurtà, se non possono o non vogliono prestarla (p);

g) finalmente il Pretore potrà fuori di queste regole escludere dalla tutela chicchessia, quando dall'amministrazione di lui si può ragionevolmente temere un danno pel patrimonio del pupillo (q).

§. 138.

2) Dell'obbligo di accettare la tutela, e delle scuse volontarie.

T. Inst. de excusat. (1. 25.). — D. h. t. (27. 1.). — C. de excusat. tut. vel curat. (3. 62.). — TT. 63-68.

1) Se il tutore scelto è idoneo, non può rifiutare il carico della tutela, il quale ha la qualificazione di un *munus publicum*. Solo la madre e l'ava hanno il diritto della tutela, senza avere nel tempo stesso l'obbligo d'accettarla. Tuttavia il diritto assegna varii motivi, pei quali un tutore già nominato può rifiutare la tutela, ovvero, se incominciò gli uffici di tutore, cercare di esserne liberato. Tutti questi motivi per contrapposto a quelli dell'incapacità enumerati nel precedente paragrafo, son conosciuti col nome di scuse volontarie.

Per la qual cosa si possono volontariamente scusare dall'accettazione della tutela:

a) i soldati ch'ebbero il congedo di buona condotta. Se essi furono sotto le armi tutto il tempo stabilito pel servizio militare, cioè 20 anni interi, sono scusati per sempre, tranne dalla tutela di figli e figlie di soldati; se al contrario essi vengono congedati prima di finire il loro tempo, se prima di cinque anni di servizio, non possono per nulla essere scusati, se dopo il quinto anno, sono scusati per un solo anno, se dopo l'ottavo per due anni, se dopo il dodicesimo per tre, e se dopo il sedicesimo per quattro anni (a);

b) gli alti impiegati dello Stato (b);

(p) L. 2. C. de tut. vel curat. qui satis non ded. (3. 42.).

(q) L. 3. §. 12. de suspect. tut. (26. 10.). Ulp. Si tutor inimicus pupillo parentibusve eius sit, et generaliter, si qua iusta causa Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, relicere eum debet.

(a) L. 8. pr. §. 3. h. t. Modest. §. 3. Qui autem intra hos annos dimissus est, non habet continuam tutelarum immunitatem, sed ad tempus, quemadmodum et reliquorum civilium munerum remissionem habet; qui enim intra quinque annos militia solutus est, nullam sibi vindicabat immunitatem, qui autem post quinque annos, unius anni habet immunitatem, qui autem post octo, biennii, qui autem post duodecim, triennii, qui autem post sexdecim, quadriennii, qui autem post viginti, sicut supra diximus, continuo absolvetur.

(b) §. 3. Inst. h. t. — L. 6. §. 14. 16. L. 17. §. 4. 5. h. t. Modest. L. 6. Gentium prae-

c) quegli ecclesiastici che non sono incapaci secondo il paragrafo precedente (c);

d) i giuristi che fanno parte del consiglio del principe (d);

e) gli assenti per ragioni municipali o di Stato, i quali durante la loro assenza, ed anche un anno dopo il ritorno possono scusarsi di qualunque nuova tutela loro conferita; l'anno è continuo e si computa dal momento del ritorno (e). Una tutela già accettata prima dell' assenza, può essere ricsutata, ma solamente nel tempo dell' assenza; appena ritornato devesi riprendere l' ufficio di tutore (f);

f) coloro i quali hanno cura degl' interessi del fisco o di quelli dell' imperatore (g);

g) grammatici, retori, filosofi, cultori di giurisprudenza, e medici pratici. Tutti questi allora hanno il diritto di scusarsi, quando nella loro patria, nel luogo dell' origine o in Roma per decreto del magistrato occu-
parono una tale carica secondo il numero stabilito (h).

h) Per privilegio potevano rifiutare la tutela coloro, che avevano un numero determinato di figli e specialmente gli abitanti di Roma erano scusati qualora avessero tre figli, quattro gli altri abitanti d' Italia, e cinque i provinciali. È però necessario che questi figli fossero tutti nati, viventi e legittimi; erano considerati come tali solamente i figli morti in battaglia; era per altro indifferente se fossero sotto la potestà del padre

sidatus, puta Asiae, Bithyniae, Cappadociae, tribuit immunitatem a tutelis, hoc est quoad praesidatus sunt. §. 16. Remittuntur a tutela et cura magistratus civitatum.

(c) L. 52. C. de episc. et cleric. (1. 3.). *Iust.* Generaliter sancimus, omnes viros reverendissimos episcopos, nec non presbyteros, seu diaconos, et subdiaconos, et praecipue monachos, licet non sint clerici, immunitatem ipso iure omnem habere tutelae, sive testamentariae sive legitimae, sive dativae; et non solum tutelae eos esse expertes, sed etiam curae, non solum pupillorum et aduitorum, sed et furiosi, et muti, et surdi, et aliarum personarum, quibus tutores vel curatores a veteribus legibus dantur. — Nov. 123. c. 3.

(d) L. 30. pr. h. t. *Papin.* Iuris peritos, qui tutelam gerere coeperunt, in consilium principum assumptos optimi maxime Principes nostri constituerunt excusandos, quoniam circa latus eorum agerent, et honor delatus finem certi temporis ac loci non haberet. — L. 11. §. 2. de minor. (4. 4.).

(e) §. 2. Inst. h. t. Item qui reipublicae causa absunt, a tutela vel cura excusantur. Sed et si fuerunt tutores vel curatores, deinde reipublicae causa abesse coeperunt, a tutela vel cura excusantur, quatenus reipublicae causa absunt; et interea curator loco eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelae, nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit; nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati. — L. 10. pr. §. 2. L. 43. pr. §. 1. h. t. — L. 2. C. si tut. vel curat. (3. 64.). — L. 38. §. 1. ex quib. caus. mai. (4. 6.). — L. 4. de vacat. et excus. (30. 3.).

(f) §. 2. Inst. h. t. ved. not. prec. — L. 10. §. 2. h. t. — L. 1. C. si tut. vel curat. (3. 64.).

(g) §. 1. Inst. h. t. Item divus Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, a tutela vel cura, quandiu administrat, excusari posse. — L. 22. §. 1. — L. 41. pr. h. t.

(h) §. 13. Inst. h. t. Item Romae grammatici, rhetores, et medici, et qui in patria sua id exercent, et intra numerum sunt, a tutela vel cura habent vacationem. — L. 6. §. 1-2. h. t.

o di altri, od anche se fossero emancipati; s'annoveravano anche come figli i nipoti avuti da un figlio premorto, ma, qualunque fosse stato il loro numero, valevano sempre per un solo figliuolo (i);

i) tre tutele nella medesima famiglia danno diritto di scusa per la quarta, sia che le tre tutele fossero amministrate dallo stesso padre o dai figli sottoposti alla sua patria potestà, in quanto n'è responsabile il padre. Non si avrà considerazione per il numero dei pupilli, ma per i diversi patrimonii; sì che colui il quale amministra un sol patrimonio indiviso di quattro o più pupilli, è considerato come tutore di una sola tutela. Pur nondimeno una sola tutela di grande importanza, è un motivo di scusa. Una tutela però che si fosse liberamente chiesta, o per cui non si è opposta una valida scusa non è considerata nel numero (k);

k) coloro che hanno sorpassata l'età di 70 anni (l);

l) coloro che sono talmente poveri che hanno appena tempo di pensare al loro mantenimento (m);

m) gli ammalati; ma se fosse malattia passeggera non si possono scusare, e solamente nel tempo della malattia è nominato un curatore provvisorio (n);

(i) L. 2. §. 2-8. — L. 18. 36. §. 1. — L. 37. h. t. — pr. Inst. h. t. *Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis, plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romae quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari, exemplo ceterorum numerum; nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt, in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant, ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelae vel curae muneris excusationem prosunt, defuncti non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quaesitum est, an si prosint; et constat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur; hi autem, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelligantur.* — L. un. C. qui num. liber. (3. 66.).

(k) §. 3. Inst. h. t. Item tria onera tutelae vel curae non affectatae praestant vacationem, quandiu administrantur; ut tamen plurium pupillorum tutela vel cura eorundem honorum, veluti fratrum, pro una computetur. — L. 2. §. 9. L. 3. L. 4. §. 1. L. 13. §. 15. 16. L. 31. §. 4. *Paul.* Ceterum putarem, recte facturum praetorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. Neque igitur fratres consortes plurium locum habendi sunt, neque non fratres, si idem patrimonium habent, et ratio administrationis pariter reddenda sit. Et ex diverso fratres diviso patrimonio duae tutelae sunt; non enim, ut dixi, numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum et reddendarum consideranda est. — L. 3. C. qui num. tut. (3. 69.).

(l) §. 13. Inst. h. t. ved. not. (d). — L. 2. pr. L. 13. §. 11. h. t. — L. 3. de iure immunit. (30. 6.). — L. un. C. qui aetat. (3. 68.).

(m) §. 6. Inst. h. t. Sed et propter paupertatem excusationem tribui tam divi fratres, quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri iniuncto possit docere. — L. 7. 40. §. 1. h. t.

(n) §. 7. Inst. h. t. — L. 10. §. 8. L. 43. §. 4. h. t. Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis superesse potest, excusatio locum habet.

n) coloro che non sono domiciliati là dove giacciono i beni da amministrarsi (o);

o) i socii di alcuni corpi di pubblica utilità: come il corpo de' fabbri, dei muratori, dei padroni di navi (*navicularii*), degl' ispettori de' pubblici magazzini (*mensores frumentarii*) (p).

Tutti questi motivi di scusa valgono per ogni specie di tutela (q). Quantunque vero ed esistente uno di questi motivi, non può farsene nessun uso, quando si fosse promesso al padre di accettare la tutela dei figliuoli (r); quando il tutore abbia scritto egli stesso l'ultima volontà del padre, nel quale atto fu nominato (s); quando il tutore si sia intromesso nell'amministrazione senza produrre le sue scuse (t): e finalmente quando il tutore testamentario abbia accettato ciò che gli fu legato nel testamento (u).

Oltre a queste scuse le quali riguardano una tutela conferita, è possibile per altri motivi scusarsi di una tutela già accettata; ed in vero può ricusarla:

a) il tutore che per interesse dello Stato si assenta (v);

b) il tutore che è ammesso nel consiglio del principe (x);

c) quel tutore che col permesso del reggente cambia domicilio, ammesso che questi abbia conoscenza della tutela esistente (y);

(o) L. 10. §. 4. L. 19. 21. §. 2. 4. L. 46. §. 2. h. t. *Paul.* Sed et hoc genus excusationis est, si quis dicit ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam datus est; idque Imperator Antoninus cum Divo patre significavit. — L. 11. C. h. t.

(p) L. 17. §. 2. 3. L. 26. 41. §. 3. L. 46. pr. §. 1. h. l. *Hermog.* Qui corporis, item collegii iure excusantur, a collegiarum filiorumque eorum tutela non excusantur, exceptis iis, quibus hoc specialiter tributum est. — L. 24. C. h. t.

(q) §. 16. Inst. h. t. — L. 2. §. 3. L. 30. §. 2. h. t. *Modest.* Hoc autem videtur quidem, dictum esse de tutore dato secundum testamentum; convenit autem hoc et in omni alio. — L. 3. §. 8. de legit tut. (26. 4.). — L. 1. C. de leg. tut. (3. 30.). — L. 9. C. qui dari (3. 34.). — Nov. 118. c. 5.

(r) §. 9. Inst. h. t. — ved. not. (h). — L. 15. §. 1. h. t. *Modest.* Qui patri promisit, se fore tutorem liberorum, excusari ab hac tutela non potest, etsi aliter habet ius excusationis. — *Fragr. Vat.* §. 153.

(s) L. 29. de test. tut. (26. 2.). — L. 18. §. 1. de leg. Corn. de fals. (48. 10).

(t) L. 2. C. si tut. vel curat. (3. 63.). *Philip.* Tutores, quos postea, quam bona pupillorum administraverunt, a praeside provinciae quasi re integra excusari se impetrasse asseveras, periculum administrationis evitare minime posse, manifestum est. — *Fragr. Vat.* §. 154.

(u) L. 5. §. 2. de his qui ut indign. (34. 9.). *Paul.* Amittere id, quod testamento meruit, et cum placuit, qui tutor datus se excusavit a tutela, sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem.

(v) L. 11. §. 2. de min. (4. 4.).

(x) L. 11. §. 2. eod.

(y) L. 12. §. 1. h. t.

d) e da ultimo quel tutore che per malattia o per indigenza non può continuare la tutela (z).

Chiunque voglia far valere uno di questi motivi necessariamente deve allegare le sue scuse presso il magistrato competente nel tempo stabilito dalla legge, computando dal momento ch' ebbe contezza della sua nomina; in caso contrario i motivi di scusa vanno irremissibilmente perduti. Il perentorio stabilito è in tutti i casi di 50 giorni, a coloro i quali sono lontani più di 100 miglia sono dati 30 giorni, e ad ogni 20 miglia un giorno di più, che in ogni caso sieno non meno di 50 giorni (aa). Il processo deve per legge terminare in quattro mesi, durante i quali possono anche sorgere altri motivi di scusa, e, finchè questo affare non venga a compimento, si nomina un tutore provvisorio (bb). In caso che la domanda si trova poco fondata, dimodochè si rigetta, il tutore può esser tenuto dei pregiudizii, che potettero venirne al patrimonio del pupillo (cc).

C. Dell'amministrazione della tutela.

§. 139.

1) Dell'amministrazione in generale.

T. Inst. de satisfactione tutorum vel curatorum (1. 24.). — Rem pupilli vel adolescentis salvam fore (46. 6.). — C. de tutore vel curat. qui satis non dedit (3. 42.).

Perchè l'amministrazione della tutela potesse aver cominciamento, è necessario un decreto del magistrato detto *decretum tutorium* o *curatorium*, il quale immette il tutore nell'amministrazione; e pel decreto si richiede che il tutore desse cauzione, giuramento, e facesse esatto inventario delle cose del pupillo (a).

(z) Ved. not. (m) e (n).

(aa) §. 16. Inst. h. t. Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, cuiuscumque generis sunt: id est qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt; si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, et amplius triginta diernum, quod tamen in Scaevola dicebat, sic debet computari, ne minus sint quam quinquaginta dies. — L. 13. §. 1. h. t.

(bb) L. 38. h. t. Paul. Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet; peragendo enim negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt. — L. 17. §. 1. de appell. (49. 1.). — L. 3. 6. 15. C. h. t. (3. 62.).

(cc) L. 15. 22. C. h. t. (3. 62.). — L. 20. 39. §. 6. de admin. et peric. tut. 26. 7.). Ulp. Tutor vel curator, cuius iniusta appellatio pronuntiata erit, cuiusve excusatio recepta non sit, ex quo accedere administrationem debuit, erit obligatus.

(a) Nov. 72. c. 8. — L. 7. pr. de adm. et peric. tut. (26. 7.). Ulp. Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria

Gli obblighi e la responsabilità però hanno principio dal momento che il tutore ebbe conoscenza della sua nomina (b).

Dall'obbligo della cauzione sono esenti i tutori testamentarii perfetti, e quelli della tutela testamentaria imperfetta che furono confermati dal magistrato con inquisizione.

Se furono eletti più individui esenti dalla fideiussione, ognuno può pigliare a sè l'amministrazione *prævia fideiussione*, o invitare un altro che l'assumesse anche sopra di sè *prævia fideiussione* (c).

2) Entrato il tutore nell'amministrazione delle cose pupillari, egli dev'essere libero nell'amministrazione così come nelle cose proprie; ma pure è tenuto pienamente alla diligenza *diligentis paterfamilias*, cioè a quella con cui suole amministrare le cose proprie (d).

Ogni operazione che fa il tutore si considera sempre come fatta dal pupillo, e però quegli non è obbligato a privarsi del suo; e, se qualche volta impiega proprii capitali ha la facoltà del regresso. I suoi pesi sono tutti morali e nessuno pecuniario.

3) Vi ha de' casi, nei quali il tutore non è tenuto che per colpa lata:

a) se egli compra beni immobili pel pupillo (e);

et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id, quod pupilli interest; quod ex iureiurando in litem aestimatur. Nihil itaque genere ante inventarium factum eum oportet, nisi id, quod dilationem nec modicam expectare possit. — L. 24. C. de adm. tut. (3. 37.). — L. 13. C. Arbitr. tut. (5. 51.).

(b) L. 1. §. 1. L. 3. §. 10. L. 6. de adm. et princ. tut. (26. 7.). *Ulp.* Ex quo innotuit tutor, se tutorem esse, scire debet, periculum tutelae ad eum pertinere. Innotescere autem qualiterqualiter sufficit, non utique testato eum conveniri; nam etsi citra testationem, scilicet undecunque cognovit, nulla dubitatio est, quin debeat periculum ad ipsum respicere. — L. 6. hoc autem, quod cognovit tutor, pupillus probare debebit. — L. 5. C. de pr. tut. (5. 38.).

(c) Pr. §. 1. Inst. h. t. Nam tutores testamento dati satisfacere non coguntur, quia fides eorum, et diligentia ab ipso testatore probata est: item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisfactione non onerantur, quia idonei electi sunt. §. 1. Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori vel concutori praeferri, ut solus administret; vel ut contutor satis offerens, praepsonatur ei, et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concutore suo, sed offerre debet, ut electionem det contutori vel concutori suo, utrum velit satis accipere, an satis dare. Quodsi nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerat a testatore, quis gerat, ille gerere debet; quod si non fuerit adscriptum, quem maior pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto Praetoris cavetur. Sin autem tutores dissenserint circa eligendum cum vel eos, qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut maior pars eligere possit, per quem administratio fieret.

(d) L. 1. pr. de act. tut. (27. 3.). — L. 32. §. 6. L. 33. pr. de adm. et pr. tut. (26. 7.). *Callistr.* A tutoribus et curatoribus pupillorum ea diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.

(e) L. 7. §. 2. de adm. et pr. tut. (26. 7.). *Ulp.* Competet adversus tutores tutelae actio,

b) se il denaro pupillare fu dal padre dato a mutuo, e durante la tutela incomincia ad essere poco sicuro (f);

c) se il tutore fu legalmente esonerato dal rendimento dei conti (g).

L'amministrazione della tutela comprende: la persona del pupillo, la conservazione, l'aumento, e le alienazioni del patrimonio pupillare e da ultimo le spese.

2) Dell'amministrazione in particolare.

§. 140.

a) Dell'ufficio del tutore sulla persona del pupillo.

T. D. nbi pupillos educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis (27. 2.).

— C. nbi pupilli educari debeant (5. 49.); — de alimentis pupillo praestandis (5. 50.).

Principale obbligo del tutore è di aver speciale cura della persona del pupillo, secondo il carattere e la condizione di esso, e di badare specialmente alla educazione. Per questo il tutore ha facoltà di prendere dal patrimonio del pupillo tutto quello che alla educazione ed al mantenimento è necessario; ma si deve aver riguardo alla volontà del padre, quando si tratta del come e dove il pupillo dev'essere educato, e della somma da stabilirsi pel suo mantenimento (a). In caso che il padre nella sua ultima volontà non avesse stabilito il luogo nè il modo di educazione, o se vi fossero ragioni bastevoli per scostarsi dalla volontà del padre, il magistrato *ex officio* ovvero ad istanza del tutore o de' prossimi parenti del pupillo potrà determinare il luogo ed il modo di educazione secondo la condizione delle persone e le sostanze (b). Comunemente la madre ha diritto di te-

si male contraxerint, hoc est, si praedia comparaverint non idonea, per sordes aut gratiam. Quid ergo si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint. Recte quis dixerit, solum latam negligentiam eos praestare in hac parte debere.

(f) L. 2. C. arbit. tut. (5. 51.). Antonin. Nomina paternorum debitorum, si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et per latam culpam tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, iudex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet; et si palam dolo tutoris vel manifesta negligentia cessatum est, tutelae indicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse, statuere poterit.

(g) L. 41. de adm. (26. 7.).

(a) L. 1. §. 1. L. 2. §. 3. h. t. *Ulp.* Sed si pater statuit alimenta liberis, quos heredes seripserit, ea praestando tunc reputare poterit, nisi forte ultra vires facultatum statuerit; tunc enim imputabitur ei, cur non adito Praetore desideravit alimenta minui.

(b) L. 1. §. 1. L. 2. §. 2. L. 3. §. h. t. *Ulp.* Si disceptetur, ubi morari, vel ubi educari pupillum oportet, causa cognita ad Praesidem statuere oportebit. In causae cognitione evitandi sunt, qui pudicitiae impuberis possunt insidiari.

nere presso di sè il figliuolo, quando ella stessa non sia tutrice, purchè non vi siano motivi contrarii (c). In fine lo stesso tutore ha facoltà di determinare egli la somma per gli alimenti, quando ciò è richiesto massimamente dall'interesse del pupillo medesimo (d).

Se il tutore *dolo malo* omette di dare tutto o parte della somma stabilita per la educazione, può esser tolto come sospetto, ed in questo caso si ha la conseguenza della infamia (e).

Se ciò succede non per dolo ma per semplice colpa, allora il tutore può essere rimosso, ma tal rimozione non produce l'infamia, e si può aggiungere a questo tutore un curatore (f).

§. 141.

b) Dell' interposizione dell' autorità.

T. Inst. de accet. tut. (1. 21.). — D. de auctorit. et consens. tutor. et curator. (26. 8.); — C. de auctoritate praestanda (3. 39.).

Ufficio precipuo del tutore è d'interporre la sua autorità negli affari dal pupillo impresi, affinchè con questa divenga perfetta la personalità del pupillo, e giuridico il fatto da lui prodotto.

L'autorità può essere interposta in tutti gli affari che imprende il pupillo, tranne nei seguenti casi:

1) Il tutore non potrà interporre autorità, quando egli stesso contrae col pupillo: *tutor in rem suam auctoritatem accomodare non potest*; essendo impossibile ch'egli nel medesimo tempo sia *auctor* e contraente; se poi il tutore non avesse nell'affare conchiuso dal pupillo, se non un semplice interesse, questo non mette ostacolo all'autorità (a).

2) Quando al pupillo importa di conchiudere l'affare col suo tutore, è nominato un tutore *ad hoc*.

3) Finalmente per quegli affari che non appartengono all'amministrazione, o che è vietato d'imprendere anche con l'autorità del tutore, come a mò d'esempio per una *donatio*, per una *manumissio*, per la costituzione

(e) N. 22. c. 38.

(d) L. 2. C. h. t. (3. 50.).

(e) §. 10. Inst. de suspect. tut. (1. 26.). Sed si quis praesens negat, propter inopiam alimenta non posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Praefectum urbi ponendum placuit, sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelae redemit.

(f) L. 6. h. t.

(a) L. 1. pr. h. t.

di un peculio a favore di uno schiavo, l'autorità del tutore è di nessun momento (b).

S'interpone l'autorità per una persona che può da sè operare, qualunque non perfettamente; e però quando il pupillo è ancora infante, non può aversi interposizione d'autorità, ma è supposta una totale procura, per cui il tutore rappresenta il pupillo; ma di là dei sette anni questi può produrre fatti che sono resi giuridici dall'autorità del tutore (c). L'interposizione dell'autorità richiede la presenza del tutore nell'affare conchiuso dal pupillo; se al contrario è fatta per mezzo di lettera, è affatto invalida: dev'essere espressa con chiare parole, nè il silenzio del tutore può interpretarsi come consenso. L'autorità dev'essere interposta nel momento stesso, nè prima, nè dopo dell'affare conchiuso; altrimenti esso si considera conchiuso senza l'autorità del tutore (d). Finalmente l'interposizione dell'autorità fatta condizionalmente è anche del tutto nulla (e).

Se vi sono molti tutori, tutti hanno diritto d'interporre la loro autorità, fossero tutori gerenti, onorarii, od anche consulenti, ma in guisa che è sufficiente l'autorità interposta da uno di essi, menocchè non si trattasse dell'arrogazione dell'impubere, poichè in questa emergenza è richiesta l'autorità di tutti i tutori. Sono autorizzati ad interporre l'autorità solo alcuni de' tutori nel caso dell'amministrazione separatamente affidata ad un determinato tutore, ed il caso dell'inibizione d'interporre l'autorità fatta espressamente al consulente (f).

(b) L. 1. §. 1. 2. 4-8 de tut. act. (27. 3.). *Ulp.* Unde quaeritur apud Iulianum libro vicesimo primo Digestorum, si tutor pupillo auctoritatem ad mortis causa donationem accomodaverit, an tutelae iudicio teneatur? Et ait, teneri eum; nam sicuti testamenti factio, inquit, pupillo concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendae sunt.

(c) L. 1. §. 2. de adm. et pr. tut. (26. 7.). *Ulp.*..... Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur, ita tamen, ut pro his, qui dari non possunt, vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt, et praesto fuerint, auctoritatem praestent.

(d) §. 2. Inst. h. t. Tutor statim, in ipso negotio praesens, debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

(e) L. 8. h. t. *Ulp.* Etsi conditionalis contractus cum pupillo fiat, tutor debet pure auctor fieri; nam auctoritas non conditionaliter, sed pure interponenda est, ut conditionalis contractus confirmetur. — L. 7. h. t. *Ulp.* Quod dicimus, in rem suam auctoritatem accomodare tutorem non posse, toties verum est, quoties per semel vel subiectas sibi personas acquiritur ei stipulatio; ceterum negotium ei geri per consequentias, ut dictum est, nihil prohibet auctoritas.

(f) L. ult. C. h. t. *Iustinian.* Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur, sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno, sive ex lege vocati, sive a iudice vel inquisitione, sive simpliciter dati, et unius tutoris auctoritatem pro omnibus partibus sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus vel pro substantiae partibus. Ibi etenim necesse est singulos pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pu-

ANNOTAZIONE

Per conoscere fino a che punto il pupillo potrà essere obbligato in affari giuridici senza autorità del tutore, oltre quanto fu osservato nella parte generale (§. 19.), bisogna aggiungere che:

a) quando l'impubere è convinto di dolo, resta obbligato di per sè in forza dell'atto illegale (g);

b) così quando l'*obligatio ex re venit* (h).

Tutte le altre obbligazioni contratte senza l'autorità del tutore sono di nessun momento *iure civili*, senza che l'impubere avesse bisogno d'impetrare la restituzione (i).

Quest'ultimo principio ebbe una importante modificazione da un rescritto di Antonino Pio, che statuiva: le obbligazioni contratte dal pupillo senza autorità del tutore potersi far valere contro di lui per quanto n'era arricchito al punto della contestazione della lite: sicchè tutte le obbligazioni del pupillo potevano in questa misura avere il carattere di obbligazioni civili (k).

Era tra gli antichi giuristi, ed è ancora tra i moderni ventilata la questione, se gli affari giuridici conclusi dall'impubere senza autorità del tutore fondassero in generale un'obbligazione naturale. Questo punto è controverso a causa di due leggi, che sembrano contraddire ad altre numerose, che parlano di un'obbligazione naturale generalmente accettata (l). Una di quelle leggi dice in questo modo; « Quod

pillo praestare, quia in hoc casu non absimiles esse testamentariis et per inquisitionem datis legitimis et simpliciter datos iubemus, eo quod fideiussionis onere praegavantur et subsidariae actionis adminiculum speratur. Sed haec omnia ita accipienda sunt, si non res, quae agitur, solutionem faciat ipsius tutelae, utputa si pupillus in arrogationem se dare desiderat. Etenim absurdum est, solvi tutelam non consentiente, sed forsitan ignorante eo, qui tutor fuerat ordinatus. Tunc etenim, sive testamentarii, sive per inquisitionem dati, sive legitimi, sive simpliciter creati sunt, necesse est, omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur. Quae omnia simili modo et in curatoribus observari oportet.

(g) L. 5. §. 2. ad leg. Aquil. (9. 2.). — L. 23. de furt. (47. 2.). — L. 111. pr. de R. I. Gai. Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi, et iniuriae faciendae.

(h) L. 46. de O. et A. (47. 7.). Paul. Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his, et aliqui in eum impendere, vel damnum in eo pupillus dederit; nam iudicio communi dividundo obligantur. — L. 33. pro soc. (17. 2.).

(i) L. 8. de acq. vel om. hered. (29. 2.). — L. 43. de O. et Ac. (44. 7.). — L. 16. pr. de min. (4. 4.). Paul. Obligari potest paterfamilias, suae potestatis pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur iure civili. Servus autem ex contractibus non obligatur. — L. 6. §. 3. de confess. (42. 2.). — pr. Inst. de auct. (1. 21.). — L. 1. §. 2. de const. pecun. (13. 3.).

(k) L. 3. pr. de auct. et cons. — confr. L. 16. pr. de min. (4. 4.). — ved. not. prec. — L. 3. §. 4. L. 6. pr. 34. 37. pr. de neg. gest. (3. 5.). Ulp. Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii, etiam conveniri potest, in id quod factus est locupletior; agendo autem compensationem eius, quod gessit patitur. — L. 3. pr. com. (13. 6.). — L. 10. de inst. act. (14. 3.). — L. 8. §. 13. ad SC. Vell. (16. 1.). — L. 1. §. 13. dep. (16. 3.). Ulp. . . . Nam si communi auxilio et pleno iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, utputa cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est.

(l) §. 3. Inst. quib. mod. abl. (3. 29.). — L. 42. pr. di iure iur. (12. 2.). — L. 21. pr.

« pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit et solverit, repetitio est, quia
 « nec natura debet » L. 41. de condict. ind. (12. 6). Le parole dell'altra sono: « Pu-
 « pillus mutuum pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur » L. 59 de
 O. et A. (44. 7).

Tra le opinioni degli antichi giuristi ha ancora oggi una certa importanza quella del glossatore Martino ad leg. 25. de fideiuss. seguita dal Cujacio nel commento alla leg. 127. de V. O. e recentemente dal Puchta, e quella di Accursio e di Donello (m). Secondo Martino ed i giuristi recenti che lo seguono, si cerca di accordare i due passi con quelli che ammettono un' obbligazione naturale, affermando che questi suppongono un arricchimento del pupillo che giustifichi la *naturalis obligatio*, mentre i due citati non fanno intravedere tale arricchimento: e però tutta l' obbligazione è nulla, non restando neppure una naturale obbligazione (n). Questa interpretazione che a prima vista sembra sufficiente, considerata attentamente, è senza alcun valore: giacchè secondo il rescritto di Antonino Pio, dall' arricchimento del pupillo, nasce non già una naturale, ma una civile obbligazione: ora come può suppersi che giuristi ancora più recenti del mentovato rescritto abbiano parlato in questo caso di obbligazione naturale? Accursio e Donello al contrario fanno differenza tra *pupilli infantiae*, et *pupilli pubertatis proximi*; solamente per questi negli affari giuridici è possibile una *naturalis obligatio*. Questa interpretazione è anch' essa insufficiente, poichè in rapporto alle obbligazioni si gli uni che gli altri son riguardati egualmente dalle leggi (o),

L' opinione moderna è, che qui debba farsi distinzione tra obbligazioni del solo pupillo e quelle di terze persone come eredi o fideiussori di lui; quelle del solo pupillo non fondano obbligazione naturale, ma da quelle delle altre persone come eredi o fideiussori del medesimo indubbiamente deriva la naturale obbligazione. Anche questa interpretazione è insufficiente, poichè è incompatibile una obbligazione accessoria senza la esistenza di una *obligatio principalis*.

Per conciliare le leggi tra loro, bisogna venir notando ciò che segue:

1) Senza l' autorità del tutore il pupillo, non avendo il *ius alienandi*, non potrà fare un pagamento; per conseguenza tutto quello che ha pagato potrà ripetere con la *condictio indebiti* (p). Questa regola è temperata quando il pupillo si è arricchito

ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 64. ad SC. Treb. (36. 1.). — L. 25. §. 1. quando dies leg. (36. 2.). — L. 19. §. 4. de don. (39. 5.). — L. 1. §. 13. de O. et A. (44. 7.). — L. 127. de V. O. (45. 1.). — Scaetol. Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat, et fideiussorem dedat, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus; nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est; esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea. — L. 25. de fideiuss. (46. 1.). — L. 1. §. 1. de nov. (46. 2.). — L. 44. 93. §. 2. 4. de solut. (46. 3.). — Papinian. Naturalis obligatio, et pecuniae numeratione, ita iusta pacto, vel iureiurando ipso iure tollitur quod vincum aequitatis; quod solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur; ideoque fideiussor, quem pupillus dedit ex istis causis laborari dicatur.

(m) Donellii, Comm. iur. civil. XX. c. 22.

(n) Ved. Puchta §. 237. not. b. Confr. L. 3. §. 4. de negot. gest. (3. 5.). — L. 25. §. 1. quando dies (36. 2.). — L. 95. §. 2. de solut. (46. 3.).

(o) Ved. §. 19. not. (d).

(p) §. 2. Inst. quib. alien. licet. (2. 8.). — L. 19. §. 1. de R. C. (12. 1.). — L. 14. §. 8. L. 15. de solut. (46. 3.). — L. 5. §. 1. h. t. Ulp. Pupillus vendeo sine tutoris auctoritate non obligetur,

dalla obbligazione, poichè allora si dava luogo all'*exceptio dolì*; fuori di questo caso adunque il pagamento fatto era indebito, e quindi possiamo dire con la legge 59 de O. et A., che dall'affare concluso non si origina neppure un' obbligazione naturale. Pure se il pagamento è fatto non dal pupillo, ma dal suo erede, il creditore ha la *soluti retentio*, poichè l'erede ha il *ius disponendi*.

Fuori di questa specialità in tutto il resto il pupillo resta obbligato naturalmente, vale a dire che si può contro di lui non solamente sopra ciò, di cui il suo patrimonio siasi avvantaggiato, ma ancora generalmente ammettere le altre eccezioni del suo creditore. In questo significato è da accettare la legge 3. §. 4. de negotiis gestis (3. 5): « Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii etiam con- » veniri potest in id, quod factus est locupletior; *agendo autem compensationem* » *eius, quod gessit, patitur* ». Con l'aiuto di altre leggi può veramente essere sostenuto il principio contrario; che quando per l'affare concluso il pupillo è tratto in giudizio, può essere condannato solo in id, *quod locupletior factus est*; e se è attore in giudizio, si possono ammettere le eccezioni del suo creditore fino alla somma soltanto, che ha accresciuto il suo patrimonio: insomma se il pupillo è naturalmente obbligato, è solamente in quanto addivenne più ricco. Dicemmo come sia erronea questa interpretazione; piuttosto bisogna stabilire, che se il pupillo per un affare compiuto senza l'autorità del tutore è convenuto in giudizio, può solamente essere obbligato in quanto il suo patrimonio è divenuto più pingue, ma se per contra è attore, il convenuto, precedente creditore del pupillo, può allegare l'eccezione di compensazione senza essere limitato al reale vantaggio dell'altro: con altre parole l'obbligazione naturale del pupillo ha qui piena efficacia.

Le leggi che possono dar fondamento al principio già confutato sono due, una delle quali (l. 13. §. 1. de cond. ind. (12. 6.)) dice: « Item quod pupillus sine tuto- » ris auctoritate mutuum accepit, et locupletior factus est, si pubes factus solvat, » non repetit »; e l'altra (l. 4. §. 4. de dol. mal. exc. (44. 4.)): « si (pupillus) mutuum » accepit pecuniam, vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandam esse » exceptionem ». Sembra certamente in queste leggi che la condizione si *locupletior factus est*, sia *conditio sine qua non* per ammettersi contro il pupillo un' eccezione: ma in questi testi è solo previsto il caso da noi osservato fin dal principio, cioè il pagamento fatto dal pupillo senza l'autorità del tutore, il che è chiaro specialmente nell'ultimo, qualora si legga il contesto. Allora è senza dubbio indispensabile la condizione *si locupletior factus est*; ma che sia richiesta pure per le altre eccezioni, come per quella di compensazione, non si ricava certamente da queste leggi.

Come si è parlato di un negozio unilaterale concluso dal pupillo senza l'autorità del tutore, nello stesso modo si ragioni di un negozio bilaterale senza autorità. Giacchè in un negozio di simil fatta l'altro contraente è obbligato civilmente per l'intera obbligazione; il pupillo non vi è obbligato, o in generale naturalmente per tutta la obbligazione, civilmente in quanto il suo patrimonio s'arricchì (*negotium*

sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est. — L. 9. §. 2. de auct. tut. (26. 8.). — L. 29. de cond. ind. (12. 6.). *Ulp.* Interdum persona locum facit repetitioni, utpote si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem extant numi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit.

claudicans). Conseguentemente, poichè il pupillo è obbligato naturalmente per tutta l'obbligazione, l'altro contraente può produrre, eccetto la *soluti retentio*, tutte le altre eccezioni, anche l'*exceptio non dum impleti contractus* fino al compimento della obbligazione da parte del pupillo (q).

§. 142.

c) Dell'amministrazione dei beni.

TT. Dig. de administratione et periculo tutorum vel curatorum etc. (26. 7.);—de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt (27. 9.);—C. de administratione tutorum vel curatorum etc. (3. 37.);—de periculo tutorum et curatorum (3. 38.);—si tutor vel curator non gesserit (3. 33.);—de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis (3. 71.);—quando decreto opus non est (3. 72.);—si quis ignorans, res minores esse etc. (3. 73.);—si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit (3. 74.).

L'amministrazione che il tutore ha dei beni del pupillo può riguardare il mantenimento, l'aumento o l'alienazione di questo patrimonio.

1) Rispetto al mantenimento del patrimonio pupillare è obbligo principale del tutore di mantenere il patrimonio intatto qual era, quando egli prese possesso dell'amministrazione. A questo scopo egli ha diritto e obbligo di prendere tutte le misure convenienti, specialmente: di vendere quegli oggetti che facilmente si deteriorano, i quali se egli vuol conservare, può farlo, ma a suo pericolo (a); di pagare secondo il potere e le opportune circostanze i debiti del pupillo (b); di ritirare i crediti che non sono più sicuri, ed il denaro dato a prestito senza interessi (c). Il tutore è pienamente tenuto se i crediti non si possono più recare in essere (d): egli ha l'obbligo di difendere in giudizio il pupillo; ed in fine qualche volta gli si concede facoltà di prendere dal patrimonio ciò che bisogna per le spese necessarie ed anche decorose pel pupillo, specialmente per quelle che riguardano l'educazione ed il mantenimento (e).

(q) L. 7. §. 1. de rescind. vend. (18. 3).—V. anc. pr. Inst. de auct. tut. (1. 21.). — L. 13. §. 29. de act. emt. (19. 1.). — L. 3. §. 1. de auct. et cons. tut. (26. 8.).—Ved. *Brandis*. diss. nel giornale di Giessen. VII. pag. 149.—*Vangerow*, o. e. I. §. 279.

(a) L. 5. §. 9. L. 7. §. 1. h. t. (26. 7.). *Ulp*. Si tutor cessaverit in distractione earum rerum, quae tempore depereunt, suum periculum facit: debuit enim confestim officio suo fungi.—L. 22. §. 3. 4. C. h. t. (3. 37.).

(b) L. 9. §. 3. L. 15. h. t. (26. 7.). *Paul*. Si tutor constitutus, quos invenerit debitores, non convenerit, ac per hoc minus idonei efficiantur, vel intra sex primos menses pupillares pecunias non collocaverit, ipse in debitam pecuniam, et in usuras eius pecuniae, quam non foeneravit, convenitur.

(c) L. 1. §. 4. L. 46. §. 7. eod. L. 18. C. eod.

(d) L. 15. eod. — ved. not. (b).

(e) L. 3. §. 6. ubi pup. educ. (27. 2.). — L. 3. C. h. t. (3. 37.).—Ved. §. 140.

2) Quanto all'aumento del patrimonio, il tutore quantunque non fosse obbligato di adoperare grande attività per l'acquisto, di che egli dovrebbe sempre rispondere, pure deve aver continua mira all'aumento del medesimo. Ma specialmente è obbligo del tutore di comprare beni stabili dal danaro del pupillo, se ciò è possibile, ovvero in modo sicuro metterlo ad interesse quando l'educazione del pupillo lo richiegga; altrimenti è sufficiente che si depositi e si custodisca gelosamente (f). Secondo il diritto anteriore nel caso che non si potessero comprare beni stabili, il danaro doveva mettersi ad interesse; se in vece fosse restato infruttuoso in cassa, egli era obbligato a pagare gl'interessi della moneta dopo 6 mesi dal possesso dell'amministrazione, e dopo due mesi negli altri anni (g). Il tutore non deve tralasciare nessuna occasione di acquisto sia per donazioni, sia per legato, o per eredità; dall'altra parte egli è sindacabile di qualunque pregiudizio che un'accettazione di eredità abbia apportato al patrimonio del minore (h).

3) Nell'amministrazione va compresa la facoltà di alienare, ma qui il tutore è molto limitato. Nell'antico diritto egli era considerato come *dominus loci*, e però poteva alienare le cose pupillari come se fossero state alienate dal medesimo pupillo, soltantochè quando l'alienazione era stata di pregiudizio al patrimonio suo, questi poteva pretenderne risarcimento.

La prima limitazione di questo diritto del tutore fu sancita nel 195 dell'E. V. dalla *Oratio Settimii Severi*, la quale vietò ai tutori e curati l'alienazione dei fondi rustici e suburbani. Questa legge ebbe una interpretazione autentica, e da un rescritto di Costantino fu estesa anche ai fondi urbani ed a tutta la proprietà sulle cose mobili del pupillo, salvo naturalmente le cose necessarie a vendersi, le inutili. Finalmente Giustiniano con leggi speciali estese il divieto dell'alienare anche alle obbligazioni (i). In

(f) N. 72, c. 6.

(g) L. 7. §. 11. L. 13. §. 1. — L. 15. eod. ved. not. (b).

(h) L. 21. 26. C. h. t. (3. 37.). *Const. Pupillorum seu minorum defensores*, si per eos donationum conditio neglecta est, rei amissae periculum praestent. L. 39. §. 3. h. t. (26. 7.). — L. 3. §. 17. de suspect. tut. (26. 10.). — *Ulp.* Is tutor, qui inconsideranter pupillum vel dolo abstinuit hereditate, potest suspectus postulari. — L. 67. §. 3. de rit. nupt. (23. 2.). — L. 11. bonor. poss. (37. 1.).

(i) L. 1. de rebus eorum (27. 9.): Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere §. 1. Quae Oratio in Senatu recitata est Tertyllo et Clemente Coss. Idibus Iuniis. §. 2. Et sunt verba eius huiusmodi: *Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adataur; qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari, obligarive debeant, manente pupillo actio-*

forza di queste disposizioni l'alienazione non entra nei poteri dell'amministrazione della tutela.

Quando è necessaria un'alienazione, il tutore deve ricorrere al magistrato, il quale dopo una *causae cognitio* rilascia un decreto, che sarà sempre di nessun effetto, quando i motivi che lo impetrarono sono per nulla o poco veri (k). In caso che l'alienazione fosse fatta in contraddizione di coteste disposizioni, il pupillo ha diritto di rivolgersi contro il tutore, ovvero, se lo crede più conveniente, contro ogni terzo possessore come se la vendita non si fosse mai fatta (l). In così fatto giudizio il reo convenuto può allegare che egli acquistava le cose pupillari per mezzo del decreto; mentre l'attore deve provare che questo non esiste, ovvero è di nessun momento (m). Ma l'alienazione può esser tenuta come valida:

a) quando l'attore vuol propriamente arricchirsi a spese del convenuto;

b) quando l'alienazione fu confermata con giuramento;

c) qualora se n'è fatta ratificazione nella età maggiore;

d) quando fino a cinque anni dopo l'età maggiore non è stato promosso un giudizio, ovvero, quando si tratti di donazione fatta senza il sopradetto decreto, fino a dieci anni in caso di presenza, o venti di assenza (n);

e) se il pupillo ebbe pieno risarcimento dell'alienazione illegale;

f) finalmente se il tutore diviene erede del pupillo o viceversa (o).

ne, si postea potuerit probari, obreptum esse praetori. Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exequatur, nihil novandum censeo.—Ved. L. 2. C. si adv. vend. (2. 27.).—L. 4. C. quando decreto opus non est (3. 72.). — L. 22. 23. 27. 28. C. de adm. (3. 37.). — Nov. 72. c. 3-7.

(k) L. 1. §. 2. L. 3. §. 14. 13. h. t. (27. 9.). — L. 3. C. h. t. (3. 71.).

(l) L. 3. §. 13. L. 7. §. 3. L. 10. h. t. (27. 9.).—T. C. si quis ignor. rem. pupilli esse (3. 73.).

(m) L. 13. §. 2. de publ. act. (6. 2.). — *Gai.* Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore lege non prohibente se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur. — L. 1. §. 2. h. t. (27. 9.). — Ved. not. (i). — L. 3. C. h. t. (3. 71.).

(n) L. 13. h. t. (27. 9.). — L. 10. 14. 16. C. h. t. (3. 71.). — §. 2. Inst. quib. alien. lic. (2. 8.). — L. 2. 3. C. si maior. factus. (3. 74.). — *Justin....* Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem, idest post XXV annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is, qui eam fecit vel heres eius, minime retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita. Quum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium, excepta propter nuptias donatione, transcripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post XXV annos impletos inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluerit, ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit. — L. 14. C. si adv. vendit. (2. 28.).

(o) L. 14. C. de rei vind. (3. 32.).—L. 3. de reb. alien. (4. 31.).—L. 14. C. de evict. (8. 43.).

Del resto vi sono dei casi nei quali il tutore può legalmente alienare le cose del pupillo senza il decreto del magistrato:

a) quando il padre permise nell'atto di sua ultima volontà l'alienazione, ovvero un terzo testatore dal quale pervennero le cose da alienarsi (p);

b) quando la permissione all'alienare viene dal principe (q);

c) senza decreto può costituirsi un diritto di pegno su quelle cose del pupillo, che furono comprate col denaro di un altro pupillo (r);

d) così pure quando un maggiorenne domanda la divisione di una cosa che possiede in comunità con un minorenne; ed in generale quando l'alienazione si reputa giuridicamente necessaria (s);

e) così se vengono alienate le cose oppignorate in favore del pupillo (t).

Il decreto del magistrato era richiesto non solo quando si trattava di alienazione, ma, secondo una costituzione di Giustiniano, anche quando si doveva accettare il pagamento dai debitori del pupillo. Secondo questa legge il debitore che pagava direttamente al tutore non era liberato dalla obbligazione, se non quando un decreto del magistrato permetteva il pagamento. Era questo decreto non necessario solamente nel pagamento di rendite, come fitti, interessi ec., meno però, se fossero rendite attrassate più di due anni della somma maggiore a cento soldi (u). Chi, contravve-

(p) L. 1. §. 2. L. nlt. h. t. — L. 1. 3. C. quando decreto op. non est. (3. 72.). *Dioclet.* et *Maxim.* Praedium rusticum vel suburbanum a minore viginti quinque annis alienari sine decreto praesidis, nisi parentis voluntas seu testatoris, ex cuius bonis ad minorem pervenit, super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest.

(q) L. 2. C. cod. *Aurelian.* Illud requirendum est, an adito principe Saturninus, vir clarissimus, specialiter jus venditionis acceperit. An iusta enim praesidialis decreti concessio principis accedit.

(r) L. 3. pr. h. t. (27. 9.). *Ulp.* Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia fundus sit emtus? Et magis est, ut saltem sit ius pignoris secundum Constitutionem Imperatoris nostri, et Divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus.

(s) L. 1. §. 2. L. 3. §. 2. 3. L. 5. §. 4. 6. h. t. (27. 9.). *Ulp.* Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei indicatae auctoritatem. — L. 2. C. h. t. (3. 72.). — L. 17. C. (5. 71.).

(t) L. 3. §. 3. h. t. *Ulp.* Si fundus pupillo pignorat us sit, an vendere tutores possunt, hunc enim quasi debitorem, hoc est, alienum, vendunt? Si tamen impetraverat pupillus, vel pater eius, ut iure domini possideant, consequens erit dicere, non posse distrahi, quasi praedium pupillare. Idemque, et si fuerit causa damni inferti iussus possidere.

(u) L. 25. 27. C. de admin. (3. 37.). *Iust.* Constitutionem, quam nuper fecimus, disponentes quemadmodum debent solutiones in contractibus minorum causa fieri, sive ex redditibus, sive ex pensionibus, sive ex aliis similibus causis, etiam in usuris extendimus, quae tamen non summatarum, neque ex multis annis collectae iam debentur, biennales metas et centum solidorum quantitatem minime excedentes.

nendo a queste determinazioni avesse soddisfatto il suo debito direttamente al minore, non era sciolto *ipso iure* dall' obbligazione; sicchè se dopo il tutore chiedeva novellamente il pagamento di quel debito, allora poteva esserne liberato, quando ne provava la reale esistenza nel patrimonio del minore; in caso contrario poteva essere obbligato da capo al pagamento.

§. 143.

D. Delle relazioni di più tutori tra loro.

Non è necessario che la tutela sia affidata ad un solo, anzi possono essere molti chiamati a questo ufficio, o tutti egualmente, ovvero ognuno con una missione speciale.

Secondo il diritto romano possiamo distinguere tre specie di tutori, i *gerentes*, i *tutores honorarii*, e i *tutores notitiae causa dati*.

1) *Gerentes* son quei tutori che hanno tutte le funzioni della tutela, ossia non solo l' *interpositio auctoritatis*, ma l' amministrazione de' beni ancora.

2) *Honorarii* si dicono quelli che sono dati per invigilare l' amministrazione de' primi anzidetti, epperò sono ancora appellati *observatores*, *custodes*; essi hanno il diritto d' interporre l' autorità in quegli atti, che non appartengono strettamente all' amministrazione. Essi sono sindacabili per la *culpa in observando*, e specialmente per le omissioni e la mala amministrazione dei tutori gerenti.

3) I tutori *notitiae causa dati* sono a bella posta scelti *ad instruendos contutores*; essi hanno l'obbligo di apprestare ai gerenti le notizie occorrenti per l' amministrazione. Come tutori, essi hanno diritto d' interporre l' autorità, ma con le medesime limitazioni dei tutori onorarii (a).

A chi dev' essere affidata l' amministrazione dipende dall' ultima volontà del testatore, e se questa manca, dal Pretore che col suo decreto di nomina, avendo riguardo agl' interessi del pupillo (§. 139), affida a chi meglio crede queste diverse missioni (b).

(a) L. 14. §. 4. 6. de solut. (46. 3.). *Ulp.* Sunt quidam tutores, qui honorarii appellantur; sunt qui rei notitiae gratia dantur; sunt, qui ad hoc dantur, ut gerant; et hoc vel pater adiicit, ut unus, puta, gerat, vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel Praetor ita decrevit. Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum, et si honorariis - nam et ad hos periculum pertinet - recte solvi, nisi interdicta iis a Praetore fuerit administratio; nam si interdicta est, non recte solvitur. §. 6. Ei qui notitiae gratia datus est an recte solvatur, videndum est, qui ad instruendos contutores datur. Sed quum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, tuto liberationem cotingere.

(b) L. 3. §. 1. de adm. et per. (26. 7.). *Ulp.* Si parens vel pater, qui in potestate habet, destitaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere Praetor putavit;... §.

L' amministrazione può essere affidata a molti egualmente (*tutela indivisa*), sicchè tutti hanno la totale amministrazione dei medesimi beni (c). Essi saranno tutti ugualmente sindacabili; ma ciascuno ha il diritto nell' amministrazione di proibire all' altro qualsivisia azione (d).

L'ufficio della tutela può essere ancora diviso tra molti contutori (*tutela divisa*), sicchè ognuno ha una porzione del patrimonio da amministrare (e). Quantunque questa tutela si chiami divisa, i tutori tutti nondimeno sono sindacabili di tutti gli affari del pupillo; ma in guisa, che per la parte affidatagli, un tutore è tenuto come gerente, e per le parti affidate all' amministrazione di ciascuno degli altri è tenuto come onorario; dato che la tutela fosse divisa dal padre stesso nel suo testamento, ovvero da un decreto del magistrato, ma non dal solo consenso dei tutori medesimi (f).

Vi può essere una vera tutela divisa, sicchè i tutori non sono in nessuna relazione tra loro, ma per casi speciali come: quando oltre al tutore ordinario si nomina un altro pe' beni lontani, che a cagione della lontananza non possono essere amministrati dal primo (g): quando si nomina

2. Caeteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus, nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare; constat enim, hos quoque excussis prius facultatibus eius, qui gesserit, conveniri oportere; *dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes*; imputabiturque iis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt.

(c) L. 3. §. 8. L. 24. §. 1. de adm. et per. (26. 7.). *Paul.* Si duobus simul tutela gerenda permissa est vel a parente, vel a contutoribus, vel a magistratibus, benigne accipiendum est, etiam uni agere permissum, quia duo simul agere non possunt.

(d) L. 53. pr. §. 3. eod. *Tryphon.* Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit, et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit, et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit; quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur? Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae, et in solidum universi tenentur. Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum, quam accepit, tenetur.

(e) T. C. de dividenda tut. (3. 32.).

(f) L. 2. C. de div. tut. (3. 32.). *Carin. et Numer.* Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adolescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda. In divisionem autem administratione deducta sive a praeside, sive a testatoris voluntate, unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus seu curatoribus non substituentibus, nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem moverunt, quum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt. Nec prodest eis, dicentibus, contutorem suum non administrasse res pupillares. Sin vero ipsi inter se res administrationis dividerunt, non prohibetur adolescens et unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat. — L. 19. 41. 51. de adm. et per. (26. 7.). — L. 1. §. 15. de tut. act. (27. 3.).

(g) L. 21. §. 2. de excus. (27. 1.). *Marc.* Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat, nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit; et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Praesides eius.

un tutore speciale per un affare, che non dev' essere amministrato dall' ordinario (h); ovvero quando invece di quest' ultimo è dato un tutore provvisorio per tutta l' amministrazione de' beni.

§. 144.

E. Delle azioni derivanti dalla tutela.

TT. D. de tutelae actione (27. 3.); — de contraria tutelae et utili actione (27. 4.); — de fideiussores et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum (27. 7.); — C. arbitrium tutelae (5. 34); — de heredibus tutorum et curatorum (5. 34); — de contrario iudicio tutelae (5. 38.).

La tutela è nel diritto romano considerata come un quasi contratto somigliante al mandato; e come il mandato dà origine a due azioni l' una in favore e l' altra contro di ciascuna delle parti contraenti, dalla tutela similmente discende un' *actio tutelae directa*, e un' *actio tutelae contraria*.

I. L' *actio tutelae directa* è data al pupillo dopo terminata la tutela, ovvero agli eredi contro il tutore, e suoi eredi, di modo che:

1) Tra molti tutori si origina una obbligazione per l' intero: per conseguenza quest' azione può essere prodotta indistintamente contro ciascuno, sempre che l' amministrazione non è divisa; o è divisa solamente per privata convenzione dei tutori medesimi, dato che tutti siano nello stato di poter pagare (a). Sono però concessi dal diritto tre beneficii: *beneficium excussionis et ordinis*, *beneficium divisionis*, e *beneficium cedendarum actionum*.

a) Il primo consiste in ciò, che il tutore chiamato in giudizio può chiedere che venga prima chiamato l' autore del danno, purchè egli stesso non sia in colpa e l' altro sia solvente, e tale da essere convenientemente chiamato: così il tutore onorario non può essere chiamato prima del gerente (b).

b) Col secondo beneficio si può chiedere che tutti fossero chiamati

(h) §. 3. Inst. de auct. tut. (1. 12.). — L. 1. 3. C. de in lite dad. tut. (3. 44.). *Gallien.* Ad protegendam causam tutor sive curator datus conveniri non potest administrationis periculo, quum sola suscepti negotii tutela mandata est. Si nihil igitur, ut allegas, praeter negotium gessisti, frustra conveneris. — Nov. 72. c. 2.

(a) L. 53. pr. de adm. et per tut. (26. 7.). — ved. §. 143. not. (d). — L. 2. 3. C. de divid. tut. (5. 52.). — ved. §. 143. not. (c). — L. 1. §. 11. 12. h. t. (27. 3.).

(b) L. 2. C. de hered. tut. (3. 34.). *Antonin.* Pater vester tutor vel curator datus si se non excusavit, non ideo vos minus heredes eius tutelae vel utili iudicio conveniri potestis, quod eum tutelam seu curam non administrasse dicitis; nam etiam cessationis ratio reddenda est. Prius tamen propter actum suum eos conveniendos esse, qui administraverunt, saepe rescriptum est. — L. 3. C. de divid. tut. (5. 52.). ved. §. 143. n. (b).

pro rata, purchè alla fine della tutela potessero tutti pagare, ed il chiamato non fosse in colpa (c).

c) Se uno dei tutori condannato in *solidum* non possa avvalersi di nessuno dei due precedenti beneficii, può chiedere, in virtù del terzo, che prima di pagare gli sia concessa l'azione di regresso contro gli altri contutori, facendosi cedere l'azione del pupillo; pur ammesso che egli non sia in dolo, sendo in questo caso la condanna meritata dal suo procedere illegale; quest'azione di regresso può concedersi utilmente nel caso che il minore avesse trascurato di cederla (d).

Qualora l'amministrazione sia divisa dal testatore ovvero dal magistrato, ciascuno è tenuto solamente per la parte affidatagli, e gli altri allora possono essere obbligati in *solidum*, quando per dolo o per colpa loro il gerente non fu rimosso come sospetto (e).

2) L' *actio tutelae* può essere prodotta contro gli eredi, e su ciò bisogna notare che:

a) Quando l'azione è già mossa contro il tutore, e questi muore dopo la *litis contestatio*, gli eredi possono essere obbligati nella stessa misura del tutore (f).

b) Quando il tutore è morto prima della *litis contestatio*, i suoi eredi anche possono essere chiamati in giudizio; ma essi sono tenuti solamente pel dolo e per la colpa lata del loro antecessore (g).

c) Quando l'erede si addossa l'incarico di continuare l'amministrazione del tutore, ovvero indugia di menare a compimento un affare cominciato dal suo antecessore, deve rispondere del proprio dolo e della propria colpa (h).

(c) L. 1. §. 11. 12. h. t. *Ulp.* Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam, et omnes solvendo sunt, aequissimum erit, dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fideiussorum. §. 12. Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos, qui solvendo sunt, dividitur actio; sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri. — L. 2. C. si tut. vel curat. non gesserit (3. 35.).

(d) L. 1. §. 13. 14. 18. h. t. (27. 3.). *Ulp.* §. 18. Non tantum ante condemnationem, sed etiam post condemnationem desiderare tutor potest, mandari sibi actiones adversus contutorem, pro quo condemnatus est. — L. 38. §. 2. de adm. et per. (26. 7.). — ved. §. 143. n. (f).

(e) L. 2. C. de divid. tut. (3. 52.). — Ved. §. 143. not. (e).

(f) L. 8. §. 1. in fin. de fideiuss. tut. (27. 7.). — L. 1. C. de hered. tut. et curat. Sever. et Anton. Heredes tutoris ob negligentiam, quae non latae culpa comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit.

(g) L. 1. C. de her. tut. 3. 54. — ved. not. prec. — L. 4. de mag. conven. (27. 8.). — L. 39. §. 6. de adm. et per. (26. 7.).

(h) L. 4. pr. de fideiuss. et hered. tut. (27. 7.). *Ulp.* Quum ostendimus, heredem quoque tutelae iudicio posse conveniri, videndum, an etiam proprius eius dolus, vel propria administratio veniat in iudicium. Et extat Servii sententia existimantis, si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveraverit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit, et con-

3) Finalmente se il tutore è ancora figlio di famiglia, può esser chiamato in giudizio ed obbligato come un *paterfamilias* nel caso che avesse da disporre; se è chiamato dopo l'emancipazione, può esser condannato in *id quod debitor facere potest* (§. 96.); qualora il padre si sia immischiato nell'amministrazione del figlio può essere tenuto in *solidum*; se no, dovrà risponderne solamente secondo le regole generali sugli obblighi contratti dai figli di famiglia (§. 122.) (i).

4) Se il tutore e i suoi eredi non sono solventi, il pupillo può rivolgersi ai fideiussori con l'*actio ex stipulatu*, i quali, se sono chiamati prima del tutore, possono chiedere il *beneficium ordinis*, ed anche possono far uso del *beneficium divisionis*, purchè fossero fideiussori di molti tutori; poichè non è concesso quel beneficio, se sono garanti di un solo tutore; e ciò anche quando il contratto di garentia fosse stato conchiuso per mezzo di stipulazione (k). Quando neppure i fideiussori sieno nel caso di poter dare un risarcimento al pupillo, questi può rivolgersi contro coloro, che essendo chiamati alla tutela, od avendo l'obbligo d'impetrarla (*postulatores*), proposero altri come idonei (*nominatores*); o contro coloro, che interrogati dal magistrato attestarono l'onestà e l'idoneità del tutore (*affirmatores*) (l). Se il tutore è un *homo alieni iuris*, il padre è tenuto, secondo le regole generali (§. 122), è obbligato in *solidum* solo nel caso in cui egli s'immischiò nell'amministrazione della tutela (m).

5) In ultimo luogo ed in mancanza d'altro il pupillo o i suoi eredi possono muovere l'*actio tutelae utilis* contro il magistrato subalterno, che trascurò di richiedere una cauzione per l'amministrazione, o si accontentò di una poco solida (n). Quest'azione contro il magistrato compete sempre

sumserit, vel eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit; tutelae iudicio eum teneri suo nomine; nam quum permittitur adversus heredem ex proprio dolo iurari in litem, apparet, eum iudicio teneri ex dolo proprio. — L. 4. de mag. com. (27. 8.).

(i) L. 7. pr. de tut. (26. 1.). — L. 37. §. 2. de adm. et per. tut. (26. 7.). — L. 21. de tut. art. (27. 3.).

(k) L. 3. 4. §. 3. l. 3. 6. 7. de fideiussor. et nom. (27. 7.). — *Alexand.* Eligere debes, utrum cum ipsis tutoribus vel curatoribus, seu heredibus eorum, an cum his, qui pro ipsis se obligaverunt, agere debeas, vel (si ita malis) dividere actionem. Nam in solidum et cum reo et cum fideiussoribus agi iure non potest.

(l) L. 2. 4. §. 3. fin. de fideius. (27. 7.). — *Ulp.* . . . Eadem causa videtur affirmatorum, qui scilicet, quum idoneos esse tutores affirmaverint, fideiussorum vicem sustinent. — L. 1. C. (3. 37.). — Nov. 4. c. 1. — L. ult. rem pup. sal. (46. 6.).

(m) L. 1. C. quod cum eo (4. 26.). — L. 7. de tut. (26. 1.). *Ulp.* Si filiusfamilias tutor a Praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri, si non agnovit, duntaxat de peculio. Agnovisse autem videtur, sive gessit, sive gerenti filio consensit, sive omnino attigit tutelam. — L. 21. de administr. et peric. tut. (26. 7.).

(n) §. 2. Inst. de satisfaction. tut. vel cur. (1. 24.). — Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos, qui satisfactionem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quae ultimum iis praesidium

al pupillo, e solamente in un sol caso può competere al tutore contro il magistrato, quando cioè vi sono altri tutori ed il magistrato da uno ha domandato una cauzione, e dagli altri no, sapendo ciò quando è chiamato in giudizio dal pupillo, nè potendosi a lui imputare la colpa di averlo conosciuto prima e non aver reso sospetto l'altro (o).

6.) Per mezzo dell'*actio tutelae* il pupillo o i suoi eredi chieggono tutto ciò che può domandarsi per mezzo dell'*actio mandati directa*, cioè il rendimento dei conti, ed il risarcimento de' danni. In questo giudizio può essere ammesso il giuramento in lite (§. 95.). Il pupillo potrà produrre questa azione per qualsivoglia obbligo del tutore: così in caso di furto, egli potrà usarla invece dell'*actio furti* (p).

II. Di rincontro a questa azione sta l'*actio tutelae contraria* che compete al tutore o ai suoi eredi contro il pupillo o eredi; essa tende al rimborso delle spese che il tutore ha di proprio fatte in vantaggio del pupillo, ovvero alla liberazione degli obblighi contratti per lui (q).

Quest'azione come la diretta non può essere intentata durante la tutela, ed ordinariamente si produce nel medesimo tempo.

III. Oltre all'*actio tutelae directa* può darsene al pupillo un'altra conosciuta col nome di *actio de rationibus distrahendis* contro il tutore nel caso che questi avesse distratte somme e trafugati oggetti. Essa è diretta al doppio, e quindi è azione mista. Quest'azione concorre alternativamente con l'*actio tutelae* e con la *condictio furtiva*, e cumulativamente con l'*actio furti*; e però non passa contro gli eredi (r).

possit offerri. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus aut curatoribus satisfieri non curaverint, aut non idonee passi essent caveri: quae quidem tam ex prudentium responsis, quam ex constitutionibus imperatibus etiam in heredes eorum extenditur. — L. 1. §. 6. 17. mag. conv. (27. 8.). — L. 2. §. 3. ad muu. (50. 1.). — L. 1. C. de tut. et curat. quis satis non dedit (3. 42.).

(o) L. 2. 3. de mag. conv. (27. 8.). — *Ulp.* Proponatur, duos tutores a magistratibus municipalibus datos cautione non exacta, quorum alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum satis pupillo fecisse; et quaeratur, an tutor iste adversus magistratum municipale habere possit aliquam actionem, quum sciret, a contutore suo, satis non esse exactum. Dicebam, quum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad magistratus redire posse, neque tutorem, quum nunquam tutor adversus magistratus habeat actionem. Senatus enim consultum pupillo subvenit, praesertim quum sit, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit, vel suspectum non fecit, si scit, ut proponitur, magistratibus eum non cavisse. — L. 3. *Julian.* Quodsi tutor ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum, adversus magistratus actionem ei dari.

(p) L. 9. §. ult. h. t. *Ulp.* Ceterae actiones praeter tutelae adversus tutorem competunt, et si adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni iniuriae, condictio.

(q) L. 1. §. 3. 1., 3. de contr. tut. vel cur. act. (27. 4.).

(r) L. 1. §. 19. ss. l. 2. §. 1. h. t. (27. 3.). — *Paul.* Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. §. 1. Quodsi furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet. Sed et

§. 145.

F. Termine della tutela.

TT. Inst. quibus modis tutela finitur (1. 22.): — de suspectis tutoribus vel curatoribus (1. 26.): — C. de suspectis tut. vel curat. (3. 43.): — quando tutores vel curatores esse disuuant (3. 60.) — D. de suspectis tut. et curator. (26. 10.).

La tutela finisce in varii modi:

1) Si estingue *ipso iure* rispetto alla persona del pupillo, quando questi muore, addiuvane pubere, o soffre qualunque *capitis deminutio* (a). Rispetto al tutore, con la morte, con la *capitis deminutio maxima* e *media*, e per la madre e l'ava, appena passano a seconde nozze (b).

2) La tutela testamentaria può ancora terminare *ipso iure*, allorchando si avvera la condizione o il *dies ad quem* determinato nel testamento (c).

3) Cessa la tutela per intervento della autorità, se il tutore nominato si trova nei casi delle scuse necessarie, o in quei casi in cui si ammettono le scuse volontarie (§§. 137. 138.).

4) Quando il tutore è rimosso come sospetto: e l'azione che produce la rimozione è riguardata come un'accusa, che potrà intentare chiunque (*quasi publica*); le donne ne sono escluse ad eccezione della madre e di colei che può avere un più o meno forte interesse. Quando tale azione è stata prodotta da molti, è accettato, come attore colui che ha nella causa più interesse (d); e quando non vi è un *accusator*, il magistrato anche *ex officio* può procedere ad una inchiesta.

Quest'accusa può esser fatta solamente al tutore che sta in ufficio, sia egli gerente ovvero onorario; se il tutore muore durante il processo, l'accusa non può essere proseguita (e).

condictio ex furtiva causa competit, per quam si conserutus fuerit pupillus, quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo. §. 2. Haec actio licet in duplam sit, in simplio rei persecutionem continet, non tota dupli poena est. — Ved. §. 86.

(a) Pr. §. 1. 3. 4. Inst. h. t. (1. 22.).

(b) §. 3. 4. eod. ved. not. antec. — Nov. 94. c. 2.

(c) §. 2. 3. Inst. h. t. (1. 22.). — Sed et si usque ad certam conditionem datus sit testamento, aequè evenit, ut desinit esse tutor existente conditione. §. 5. Praeterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.

(d) L. 3. §. 1. 4. — L. 1. §. 6. 7. h. t. Ulp. Consequens est, ut videamus qui possunt suspectos postulare, et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus petere. §. 7. Quin imo et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae pietate necessitudinis ductae ad hoc procedunt, ut puta mater, nutrix quoque et avia possint.

(e) L. 11. h. t. — §. 8. Inst. h. t. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, postquam tutor vel curator decesserit, extinguatur suspecti cognitio.

Quest'accusa serve ad assicurare il pupillo, qualora il tutore neglesse i suoi doveri, o qualora vi sieno ragioni probabili per temere che il patrimonio pupillare non sia sicuro nelle sue mani, p. e. se egli non fece inventario: la povertà del tutore non potrà mai essere cagione di simile accusa (f); rimosso il tutore per dolo, addiviene infame, anche la colpa lata è già per sè un motivo di rimozione, ma non produce infamia (g).

Per tutto il tempo che pende il giudizio di rimozione fa d'uopo conferire un altro tutore (*dativus*).

Quando il tutore appartiene al numero delle *personae coniunctae* od è un *patrono*, non si possono applicare queste durissime regole, e però non segue la rimozione, ma a suo lato è messo un curatore, che prende in propria cura l'amministrazione; ovvero quando vi è pericolo positivo, è rimosso; ma nel decreto di rimozione, affinchè sfuggisse alla infamia, non si assegna come motivo il dolo (h).

ANNOTAZIONE

Grande difficoltà trovarono i giuristi nell'intelligenza della legge 7. *de capite minutis* (4. 5.) di Paolo, la quale è concepita in questi termini « Tutelas etiam non » amittit capitis minutio, *exceptis his, quae in iure alieno personis positae deferuntur*. Igitur testamenti dati, vel ex lege, vel ex Scto, erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex XII tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familiae mutati ». Il senso letterale delle parole segnate in corsivo contraddice alla legge 11. *de tut. et rat. distra.* (27. 3.); poichè la legge trascritta sembra stabilire che si estingue per capitis deminutionem minimam la tutela che è conferita ad un *filiusfamilias*; mentre l'ultima legge citata dice espressamente che la tutela conferita ad un figlio di famiglia non cade per emancipazione.

Il *Mühlenbruch* vorrebbe circoscrivere il principio di Paolo alla *datio in adoptionem*; sicchè la *capitis deminutio minima* scioglierebbe la tutela, quando il *filiusfamilias tutor* fosse dato in adozione (i). Quest'interpretazione è rifiutata giustamente dalla maggioranza degli scrittori: imperciocchè la legge trascritta non fa parola di

(f) §. 13. Inst. h. t. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit; enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

(g) Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non aequè. — L. 4. §. 1. 2. h. t. (26. 10.). — L. 7. C. h. t. (3. 43.).

(h) §. 2. Inst. h. t. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere; nunc videamus, quia suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores; quam etsi legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum, dummodo meminerimus, famae patroni parcendum licet, ut suspectus remotus fuerit. — L. conf. L. 38. §. 9. ad leg. Iul. adul. (48. 50.). — L. 1. c. si tut. non gessit. (3. 53.).

(i) *Mühlenbruch*, comp. §. 387.

datio in adoptionem solamente, ma di *capitis deminutio minima* in generale: onde la spiegazione del Mühlenbruch appare troppo sottilezzata.

Altri con più ragione hanno creduto che Paolo con quelle parole accenni alla tutela legittima delle XII tavole; e per avere chiaro il senso avvisarono di alterare il testo; così vediamo molti seguire *Gotofredo*, il quale in vece di *iure alieno*, legge *iure antiquo* (k); altri seguire l'edizione Aloandrina, la quale legge *non deferuntur* invece di *defurentur* (l). Sembra però che, stando agli scolasti delle Basiliche, non sarebbe necessaria questa modificazione del testo; di fatti essi spiegano le parole controverse: *τοιούτοι τοῖς διαμύθεσι ὑπερστίος μίχρη τῇ τῷ πατρί τελευτῇ* (*hoc est, qui remanserunt in potestate usque ad mortem patris*); il che vuol dire quella tutela termina con la *capitis deminutio*, la quale è conferita agli agnati (m).

§. 146.

6. Del protutore e falso tutore.

II. D. de eo qui pro tutore prove caratore negotia gessit (27.5):—quod falso tutor gestum esse dicatur (26. 6).—C. de eo, qui pro tutore.

Dicesi protutore colui, che s'ingerisce nell'amministrazione della tutela, senza essere vero tutore, o senza che sia legalmente eletto, sappia egli o no che la tutela non gli spetta; se poi questo supposto tutore interpone la sua autorità, è chiamato *falsus tutor*. Egli si trova nei medesimi vincoli obbligatorii rispetto al pupillo, come se fosse un vero tutore, e però nasce un'azione, ch'essendo simile a quella della tutela, è appellata *actio pro tutelae directa*, per costringere il protutore a render conto della sua amministrazione e a risarcire il pupillo dei danni, come un tutore davvero (a). Nel modo stesso il protutore avrà per sè l'azione *protutelae contrario* per essere rivaluto dei danni (b); la sola differenza che vi esiste tra la *protutelae* e l'*actio tutelae* è, che può essere prodotta anche durante l'amministrazione (c).

D'altra parte il protutore non ha facoltà di amministrare il patrimonio del pupillo come vero tutore, non può quindi essere in egual grado

(k) *Gothofr.* not. ad XII Tabul. (in Ottonis thesaurus II. p. 470.).

(l) *Savigny. Sist.* II. p. 77. not. p. — *Huschke*, museo renauo VII. 168.

(m) *Rudorff*, Dritto di tut. III. pag. 238. — *Arnd.* Pandette §. 450. annot. 1. — *Vangerow*, o. c. I. §. 288.

(a) L. 1. pr. L. 4. de eo, qui pro tut. (27. 5.). *Ulp.* Protutelae actionem necessario Praetor proposuit; nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor, an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, ideo in utraque eorum actionem scripsit, ut, sive tutor est, sive non sit, qui gessit, actione tamen teneretur. §. 3. Cum eo, qui pro tutore negotia gessit, etiam ante pubertatem agi posse, nulla dubitatio est, quia tutor non est.

(b) L. 5. h. t. *Ulp.* Ei, qui pro tutore negotia gessit, contrarium indicium competit.

(c) L. 1. §. 3. eod. ved. not. (a).

tenuto per omissioni (d. Il pupillo non è menomamente tenuto pei contratti fatti dal protutore in suo nome; se il protutore ha interposta l'autorità per un atto giuridico, che il pupillo conchiuse col terzo, questi rimane legato; soltantochè se non conosceva la falsità del tutore, e dall'affare conchiuso ha un vero pregiudizio, il Pretore gli concedeva la restituzione in intiero, e contra colui il quale, sapendo di non essere vero tutore, interpose in questo affare l'autorità, era data un'azione per risarcimento (e).

III. Della cura.

§. 147.

A. Cura dei minori.

Iust. de curatoribus (1. 23.).—*Savigny*, Della cura dei minori per diritto romano e specialmente della legge Pretoria, Berlino 1835 — *Rudorff*, o. c. 1. pag. 91. ss.

* Secondo le più recenti leggi, sebbene il pubere dal primo giorno del suo quindicesimo anno esca dalla tutela, può nondimeno domandare un curatore permanente, e specialmente quello ch' egli stesso designa: ma il Pretore per qualunque motivo può rifiutare il curatore proposto (a). In alcuni casi il pubere è obbligato a domandare un curatore, così per un processo, per riscuotere un pagamento, e specialmente per rivedere i conti presentati dal tutore al termine della tutela (b).

Il curatore dei minori è assolutamente dativo, nè può essere chiamato da un testamento. È idoneo alla cura colui ch' è dichiarato idoneo alla tutela, soltantochè il marito non può essere curatore della moglie minore, nè

(d) L. 1. §. 9. eod. *Ulp.* Sed utrum solummodo in id, quod gessit, tenebitur, an vero in id etiam, quod gerere debuit? Et si quidem omnino non attingit tutelam, non tenebitur; neque enim attingere debuit, qui tutor non fuit. Quodsi quaedam gessit, videndum, an etiam eorum, quae non gessit, teneatur. Et haecenus tenebitur, si alius gesturus fuit; sed et si cognito, quod tutor non fuit, abstinuit se administratione, videamus, an teneatur, si necessarios pupilli non certioravit, ut ei tutorem peterent; quod verius est.

(e) L. 1. §. 6. L. 2. L. 7. pr. quod falso tut. (27. 6.).

(a) Pr. §. 2. *Iust. h. t.* Mascoli puberes et feminae viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completam curatores accipiunt, quia, licet puberes sint, adhuc tamen eius aetatis sunt, ut sua negotia lueri non possint. §. 2. Item invitati adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest. — L. 2. §. 4. §. qui petant. (26. 6.).—L. 43. §. 3. de procur. (3. 3.).

(b) §. 2. *Iust. h. t.*— ved. not. pree.—L. 1. C. qui petant. (5. 31.). — L. 7. §. 2. de min. (4. 4.). — L. 5. §. 3. L. 33. §. 1. de adem. et pr. tut. (26. 7.).

vi può esser obbligo d' accettare la cura di una persona, sulla quale si è già esercitata la tutela (c).

In quanto all' amministrazione della cura, e specialmente al decreto giudiziale, all' inventario, al giuramento, e alla cauzione valgono le medesime regole che sulla tutela (§§. 139. 142.).

I minori soggetti al curatore possono senza l'intervento di questo efficacemente obbligarsi, eccetto nelle alienazioni, essendo per queste assolutamente necessario il consenso del curatore ed il decreto giudiziale. Se poi per l'imperfetta sua età il minore si trovasse pregiudicato nelle sue sostanze, gli si concede il beneficio della restituzione in intero (§. 99.) (d).

La cura termina nei modi stessi di estinzione della tutela, o con l'età di 25 anni compiuti, o con la dispensa degli anni (*venia aetatis*).

ANNOTAZIONE

La facoltà che ha il minore di obbligarsi senza il consenso del curatore, anche quando abbia domandato un perenne curatore, è chiarissimamente provata dalla legge 101. de V. O. (45. 1.). *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*. Con tuttociò se ne manifesta ancora il dubbio, e la quistione su ciò non manca di essere abbastanza agitata; specialmente vogliono alcuni che il minore si potrà obbligare sopra la persona, ma non sopra il patrimonio. Prima di ogni altro è mestieri conoscere quali sieno quelle obbligazioni che riguardano la sola persona, e quali quelle che riguardano il patrimonio. Coloro che fanno siffatta differenza possono intendere per obbligazioni, che riguardano la persona, quelle in *faciendo*; ma anche queste per volontà del debitore possono cambiarsi in obblighi pecuniarii, e prestazioni d' interessi, ossia in obbligazioni tali che cadono sul patrimonio: ovvero intenderanno gli sponsali o promesse di matrimonio, che certamente il minore può contrarre senza il consenso del curatore; ma in questo modo ci troviamo fuori via, non essendo questi contratti obbligatorii. Checchè ne sia, secondo i fonti non si può non ammettere pel minore la facoltà di obbligarsi senza il consenso del curatore, anche permanente, in tutte le obbligazioni, tranne alcune speciali: quantunque poi potesse avere nei casi di lesione la restituzione in intero.

Per sostenere una tesi a questo principio contraria è stato necessario agli altri giuristi di elevare ipotesi poco fondate, e quello che più monta, di alterare più o men gravemente il testo. Di fatti vediamo il *Donello* interpolare un *non* innanzi ad *obligari*; ed altri leggere OBLIGARE in cambio di *obligari* (e). La *Glossa* interpreta

(c) §. 1. Inst. h. t. Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamentum non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis. — L. 2. 17. C. de excus. (5. 62.). — §. 18. Inst. de excus. (1. 23.). — §. 19. eod. Idem (Severus et Antoninus) rescripserunt, maritum uxori suae curatorem datum excusare se posse, licet se immiscat.

(d) L. 101. de V. O. (45. 1.). — L. 43. de O et A. (44. 7.). — L. 2. §. 1. de pell. (50. 12.). — L. 3. §. 2. de Scto Macedon. (14. 6.). — L. 12. C. de iur. delib. (6. 30.). — ved. annot.

(e) *Noodt*, de pactis et transactionibus c. 20, — *van Leuwen*, ad hanc leg.

la legge come se parlasse di quei minori solamente, i quali non hanno curatore; finalmente altri interpretano le parole della legge nel senso, che non sia necessaria la presenza del curatore (f). Quanto valore abbiano queste opinioni si mostra dalla ripetizione del medesimo principio nella legge 43. *de O. et A.* (44. 7.). « Obligari » potest paterfamilias, suae potestatis *pubes*, compos mentis; pupillus sine tutoris » auctoritate non obligatur iure civili, servus autem ex contractibus non obligatur » e nella legge 141. §. 2 *de V. O.* (45. 1.) « *Pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias esset, obligari solet* (g).

A sostegno della contraria opinione si cita la legge 3. C. *de in int. rest.* (2. 22.). « Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res vendidisti, » hunc contractum servari non oportet; quum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine » curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si » necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis ».

In questa legge il minore che senza consenso del suo curatore fa una vendita è equiparato perfettamente al prodigo. Ma chi nega che in quanto alla vera alienazione, cioè alla vendita ed alla costituzione di un pegno, v'ha un'eccezione, la quale per altro non distrugge, anzi conferma il principio generale? E bisogna pur dire, che questa eccezione sia d'accordo cogli ultimi temperamenti sull'istituto della tutela. E di vero il tutore, avendo la libera amministrazione, poteva per lo innanzi obbligare il pupillo nelle alienazioni, ovvero interporre la sua autorità, affinché il pupillo potesse alienare validamente; eppure da Settimo Severo gli fu limitata la facoltà in modo che non bastasse neanche la sua libera amministrazione per alienare certe cose del pupillo, e da Costantino in poi gli fu tolta di mano ogni specie di alienazione. Che meraviglia adunque se per la vendita, le leggi in armonia con tutto l'istituto della tutela abbiano anche per la cura prescritto un simile temperamento?

§. 148.

B. Della cura di altre persone.

T. D. *de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis* (27. 10.).— C. *de curatore furiosi vel prodigi* (3. 70.).

Oltre ai minori sono sottoposti alla cura i furiosi, i prodighi, i sordi e i ciechi.

1) La cura dei furiosi è un istituto antichissimo del diritto romano che mette capo nelle leggi delle XII tavole (a), secondo le quali eran chiamati alla cura i più prossimi agnati ed in mancanza i gentili del furioso; di poi essa poteva esser data solamente per decreto del magistrato, onde

(f) Vinnio, *de pact. e.* 14. ad Inst. III. 20 §. 9.

(g) Ved. not. (d).

(a) Ulpiani. *Frág. XII. 2. Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse adgnatorum.*

si ebbe come pe' minori una cura dativa; se non che pure quando in un testamento era designato un curatore al furioso, il magistrato ne doveva tener conto; ma alle volte secondo le circostanze de' casi, e per vantaggio del furioso medesimo poteva esser rifiutato il curatore nominato nel testamento del padre o della madre.

2) La cura del prodigo dipende indispensabilmente dall'interdizione dei beni (*interdictio bonorum*) inflitta ad una persona, perchè dilapida le proprie sostanze. Anche questa specie di cura è antichissima e, a voler stare alle testimonianze de' fonti (b), era sancita pure nelle leggi delle XII Tavole. Questa tutela come la precedente era legittima, in quanto che era deferita agli agnati, ma veniva limitata ai soli beni che il prodigo avea ereditato *ab intestato* dal padre o dall'avo paterno; per tutti gli altri beni il curatore era destinato dal Pretore (c). Per diritto posteriore questa cura è anche dativa, non potendosi dare il curatore se non dal magistrato (d).

3) Dal magistrato è nominato ancora il curatore di quelle persone, che per lo stato della loro sanità non possono in nessun modo attendere ai proprii affari (e).

4) L'ufficio del curatore comprende solamente l'amministrazione dei beni, e, dove vi è necessità, le cure personali, come pei furiosi. Al prodigo è interdetta la libera amministrazione dei beni, e per l'alienazione di questi è necessario l'assenso del curatore.

5) Queste cure speciali terminano non solo co' modi di estinzione comuni alla tutela e alla cura, ma ancora col terminare della causa per la quale furono assegnate: così termina la *cura furiosi* non appena l'individuo addi viene di mente sana; quella dei prodighi con la dichiarazione del magistrato che la riabilita; finalmente la cura di quelli affetti da morbo col cessare della malattia.

(b) §. 3. Inst. de curat. (1. 23.). — L. 1. p. h. t. Ulp. Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosus; et tandiu erunt ambo in curatione, quandiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit; quod si evenierit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum. — L. 13. de curat. furios (27. 10.). — confr. L. 18. qui test. fac. pass. (28. 1.).

(c) Ulp. Fragm. 12. 3. A praetore constituitur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona; his enim ex lege curator dari non poterat, quum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri: libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.

(d) Ved. not. (b).

(e) L. 2. h. t. Paul. Sed et aliis dabit Proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit, nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare.

II. Si possono dare curatori anche per altre cause legittime, e principalmente si possono annoverare le seguenti cure:

- 1) quella di un' eredità giacente (f);
- 2) quelle delle facoltà di un debitore che cade in un concorso di creditori (g);
- 3) quella assegnata *ventris nomine* (h);
- 4) la cura *ex Carboniano edicto*, quando si muove lite sullo stato al figliuolo impubere di un defunto (i);
- 5) quella determinata per le sostanze di un assente che non ha lasciato procuratore (k).

APPENDICE VIII.

La tutela qual si presenta nel diritto Giustiniano è l'ultimo risultato di un lungo e vario svolgimento, che ne modificò non le accidentalità solo, ma lo stesso principio informatore.

Era proprio del popolo romano il concetto che gl' individui, ch'eran fuori della *potestas*, della *manus*, o del *mancipium*, non avessero perfetta la personalità, ma abbisognassero di una *defensio*, ossia fosse d' uopo che si pensasse di supplire l'*actoritas* che mancava su loro. Chi è imbecille non può difendersi da sè, non è *vir*, non è persona perfetta, e come non può difendere sè e i suoi diritti, ha bisogno della *defensio*, della tutela. In generale sono due le classi di persone repute per loro condizione imbelli, l' impubere, ossia l' individuo che non ha peranco pigliata la toga virile, e la donna; e per queste persone il diritto romano stabilisce la TUTELA *impuberum* e la tutela *mulierum*. Lasciare loro l' amministrazione libera dei proprii beni era pericoloso a cagione della loro debolezza, e però serbare il patrimonio del pupillo e della donna, affinchè non andasse a male, era interesse e diritto dei congiunti della famiglia, o, se mancassero, della stirpe.

(f) L. 3. de curat. fur. Dum deliberant heredes instituti adire bonis, a Praetore curator datur.

(g) L. 2. de curat. bon. dant. (42. 7.). *Ulp.* De curatore constituendo hoc iure utimur, ut Praetor adestur; isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum, vel Praeses provinciae, si bona distrabenda in provincia sunt.

(h) L. 8. h. t. *Ulp.* Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet. Eumque rem salvam fore viri boni arbitratu satisfacere Praeconsul iubet. — L. 1. §. 17. 23. de ventr. in poss. mitt. (37. 9.).

(i) L. 5. §. 1. de edicto Carb. (37. 40.). *Ulp.* Si impubes non defendatur, idcircoque missus sit in possessionem etiam adversarius eius, actiones hereditarias quis exercebit? Et ait Iulianus libro vicesimoquarto Digestorum, curatorem constitui debere, qui omnia curet, actiones exercent.

(k) L. 13. p. ex quib. caus. maior. (4. 6.). — L. 6. in fin. de tut. (26. 1.). *Ulp.* Ei, cuius pater in hostium potestate est tutorem dari non posse palam est. Sed si datus sit, an in pendenti sit datio quaeri potest. Et non puto dationem valere. Sic enim post patris regressum recidit in potestatem, atque si nunquam pater ab hostibus captus fuisset. Immo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat.

Chi adunque avea il diritto di successione, ed era perciò immediatamente chiamato alla eredità del pupillo, quegli avea il diritto di difendere la persona di lui, ed amministrarne i beni.

La tutela adunque nel suo carattere primitivo è un diritto di patrocinio che in tal qual modo supplisce alla *potestas* che manca sull'impubere; ed è istituita nell'interesse non del pupillo direttamente, ma del tutore prossimo congiunto di lui. Di questa tutela la prima forma è senza dubbio la legittima.

Secondo le leggi delle XII tavole era chiamato alla tutela il più prossimo erede, l'agnato (a), purchè fosse capace e rimanesse sempre tale, onde una *capitis deminutio minima* scioglieva questa specie di tutela (b). Ma al pari come il diritto di successione è concesso per legge non solo, ma per ultima disposizione, così il diritto della tutela può esser trasferito per testamento; è quindi necessario che chi concede questo diritto fosse il *paterfamilias*, ed è nulla, quando sia ordinata nel testamento da chi o non avesse potestà, o l'avesse perduta su colui che dovrebbe essere alla tutela sottoposto; così il *Latinus Iunianus* non può dare siffatta tutela (c).

In forza del *ius patronatus* se si fosse manumesso uno schiavo ancora impubere, era chiamato alla tutela come all'eredità legittima il patrono: ma era necessario che si avesse avuto sullo schiavo la proprietà quiritaria; giacchè nel caso opposto, come non diveniva erede, non aveva neppure il diritto alla tutela (d).

Dall'istituto del patronato deriva per similitudine la *tutela fiduciaria*; imperocchè essendo considerato *servi loco* colui che trovavasi in *causa mancipii*, ed essendo manumesso con le medesime forme che lo schiavo (e), era naturale, che il diritto di eredità concesso al patrono dalle leggi delle XII tavole si estendesse ancora al manumissore di un *caput liberum*, e da ciò emergeva pure il diritto della tutela. Così un figlio di famiglia allo scopo di emancipazione era con la *mancipatio* fatto mancipio altrui, a quest'atto si aggiungeva un *pactum fiduciae, ut manumitteretur*, ovvero *ut remanciparetur*; perciò la tutela del manumettente e dei suoi legittimi discendenti sull'emancipato impubere fu detta tutela fiduciaria: la quale po-

(a) §. 1. 2. Inst. de leg. agn. int. (1. 15.). Quod autem lex (duodecim tabularum) ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare, sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; quod tunc quoque accipere intelligitur, cum is qui datus est tutor, vivo testatore decesserit. — *Gai. Inst. II. §. 136-137.*

(b) §. 1. 3. Inst. de cap. dem. (1. 16.). — L. 7. pr. de cap. min. (4. 5.). Tutelas etiam non admittit capitis minutio: exceptis his, quae in iure alieno personis positae deferuntur, (V. §. 143 ann.). Igitur testamentis dati, vel ex lege, vel ex Senatusconsulto, erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae, ex XII Tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familiae iuncti. — *Gai. Inst. I. §. 158-163.*

(c) *Ulp. Fragm. XI. 6. 11.* Legitimi tutores aiii tutelam in iure cedere possunt. — *Gai. Inst. I. §. 23.* Non tamen illis permittit lex Iunia, nec ipsis testamentum facere, nec ex testamento alieno capere, nec tutores testamento dari.

(d) *Gai. Inst. I. 167.* Sed Iuniorum et Iuniorum Impuberum. . . . Ante manumissionem ex iure quiritorium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo non etiam te manumissa latina fieri potest. . . tutela tibi competit; nam ita lege Iunia cavetur. Itaque si ab eo, cuius et in bonis, et ex iure quiritorium ea ancilla fuerit, facta sit latina, ad eundem et bona et tutela pertinet. — *Ulp. XI. 19.*

(e) *Gai. Inst. I. 123. 138. III. 114. **

teva appartenere così all' *extraneus manumissor*, ossia a quel tale che aveva acquistato il *mancipium* col patto *ut manumittetur*, come al padre stesso, al *parens manumissor* che avea fatto suo figlio mancipio altrui col patto *ut remanciparetur*, ed avea poscia manumesso il figlio dopo la *remancipatio*; in mancanza del padre la tutela passava agli agnati discendenti secondo il grado della parentela civile (f).

Finchè durò questo carattere della tutela l'amministrazione del tutore sopra i beni del pupillo fu perfettamente libera, e solamente le donazioni furono proibite in ogni tempo; bisogna quindi percorrere tutto lo svolgimento di questo diritto per trovare le prime disposizioni che restringono la libera amministrazione; giacchè, come sopra si è detto, solo ai tempi di Settimio Severo furono proibite al tutore alcune alienazioni.

Questo diritto della tutela derivante da quello di successione restò lungamente di stretto diritto civile; imperocchè quantunque il Pretore avesse cambiato l'ordine di successione, misurandolo dai legami di cognizione, pure non avendo avuto quest'ordine novello per lungo tempo nessun effetto sulla delazione dell'eredità, la tutela restò sempre un istituto del diritto civile. Una sola modificazione verso la fine della repubblica fu ammessa non sopra altro, che sul modo di conferirla; giacchè fino a quel tempo non erano conosciuti altri modi di conferimento, che per legge o testamento; stando la tutela come diritto di famiglia, il magistrato non poteva concederla a suo arbitrio, senza che una legge speciale a ciò non lo autorizzasse; così venne la legge Atilia, e quindi l'altra Giulia e Tizia che introdussero la tutela dataiva (§. 13.).

Con tutto ciò il diritto pretorio ebbe una qualche efficacia sulla tutela e specialmente sulla testamentaria, in quanto che fu temperato l'antico diritto rigoroso che metteva per condizione necessaria di così fatta tutela la *patria potestas* del padre, sì che questi non poteva nominare il tutore per un figlio emancipato; ma posteriormente con la conferma del testamento paterno potevasi legalizzare la tutela data fuori di quella condizione.

Dal terzo periodo si comincia a pigliare in considerazione l'interesse del pupillo anzichè quello del tutore; come nelle altre potestà familiari i sottoposti sempre più si emancipano, così la persona del pupillo a grado a grado si eleva, e piglia tali diritti verso il tutore, da far finalmente guardare la tutela quale *munus publicum* piuttosto, che come diritto privato del tutore ad amministrare le cose del pupillo. Per la qual cosa non restò più all'arbitrio del chiamato di rinunciare alla tutela, ma fu obbligato di accettarla, dandogli solo determinate scuse di esenzione. Tolto via il *mancipium*, più non si ebbe la tutela fiduciaria; e terminata la *manus*, ed acquistando la donna indipendenza e dignità, finì egualmente la tutela delle donne. Finalmente Giustiniano, cambiando totalmente il diritto di successione, dette alla tutela novella forma e regola.

Non più gli agnati ma i cognati furono dalla Nov. 118 chiamati all'eredità, e e così invece della *legitima agnatorum* nacque la *legitima cognatorum tutela*, ma è sempre un dovere unito alla capacità di amministrare, ed in cui si ha di mira l'interesse del pupillo.

(f) *Ulp. XI. 5. Qui liberum caput mancipatum sibi, vel a parente, vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur. — Gai. Inst. I. §. 114. 115. 166. 172-73. 190. 192. 195. II. 422.*

Notiamo ora alcun tratto speciale sulla tutela delle donne.

La donna è un essere debole che ha bisogno della *defensio* a causa del suo sesso, ripugnandò al sentimento morale dei Romani di concederle una perfetta indipendenza; essa è quindi o sottoposta alla *potestas*, *manus*, ovvero deve, qualora divenga *sui iuris*, essere sottoposta alla tutela durante tutta la vita. Il principio che informava cotesta tutela è il medesimo che per l'impubere; era stabilita affinché si conservassero intatti i beni nell'interesse del più prossimo congiunto della donna, il quale ne assumeva appunto la tutela: sia che fosse il più prossimo agnato, sia che fosse il manumissore di una schiava, ovvero l'estraneo manumissore di una donna tenuta in *mancipium* (g). La particolarità di questa tutela è che le donne eran credute incapaci solamente di alcuni atti come delle alienazioni delle *res Mancipi* e delle obbligazioni: e qui si richiedeva l'*auctoritas* del tutore: mentre poi questi nulla aveva che fare con l'amministrazione, e molto meno poteva ingerirsi negli affari *iuris gentium*, purchè non fossero obbligazioni, ne' quali affari la donna era assolutamente padrona di sè stessa, poichè, essendo la *tutela mulierum* istituto di pura ragion civile, non poteva esercitarsi in ciò che concerneva il diritto delle genti.

Questa tutela come le altre era legittima e testamentaria; ma i tutori legittimi non potevano esser costretti ad interporre l'autorità, come nei tempi posteriori fu fatto *ex magna causa*, e potevano trasmettere ad altri il diritto della tutela per mezzo della *in iure cessio* (h).

La donna poteva sottrarsi alla tutela legittima in vari modi:

1) per mezzo del tutore testamentario nominato dal padre, che durava anche oltre la maggiore età, e così rimaneva escluso il tutore legittimo (i);

2) per mezzo della *tutela optio*; il marito, tutore per la *manus*, della moglie, potea a questa concedere il permesso di scegliersi un altro tutore, detto perciò *tutor optivus*. La *optio* era *plena* quando la donna potea scegliere comunque volesse; era *angusta* quando la sua facoltà avea dei limiti (k).

(g) *Ulp. XI. 3. §. 27.* Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem Mancipi alienent.

(h) *Gai. Inst. I. 168. 172. 191. 193.* Agnatis, qui legitimi tutores sunt, item manumissoribus, permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.

(i) *Gai. Inst. I. 144. 145.* Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent, testamento tutores dare; masculini quidem sexus, impuberibus duntaxat; feminei autem tam impuberibus, quam uerbilibus. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter aulmi levitatem in tutela esse.

(k) *Gai. Inst. I. 150. 151.* In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem velit ipsa, tutorem sibi optare, hoc modo: Titiae uxori meae tutoris optionem do. Quo casu licet uxori vel in omnes res, vel in unam forte aut duas optare. 151. Ceterum aut plena optio datur, aut angusta. 152. Plena ita dari solet, ut proxima ac supra diximus; angusta ita dari solet: Titiae uxori meae duntaxat tutoris optionem semel do, aut duntaxat bis do. 153. Quae optiones plurimum inter se differunt; nam quae plenam optionem habet, potest semel et bis et ter, et saepius tutorem optare; quae vero angustam habet optionem, si duntaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest; si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet. 154. Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi.

3) per mezzo della *coemptio fiduciae causa* fatta con un estraneo, ordinariamente vecchio senza figli (l);

- 4) in alcuni casi per legge, la quale dava tutori speciali, quando il tutore legittimo fosse impedito di operare, così per costituire la dote, *dotis constituendae causa ex lege Iulia et Papia*; così quando il tutore legittimo era minore, ovvero dato ad *adeundam hereditatem* (m).

Tutti questi tutori potevano essere obbligati ad interporre la loro autorità: ma la tutela degli agnati per le donne fu abolita per mezzo di un rescritto di Claudio, reslando il tutore testamentario, ed in mancanza, il dativo, e la tutela legittima del patrono e dal manomettente del mancipio.

Erano libere di tutela le Vestali, e le donne che avevano il *ius liberorum* secondo la legge Giulia e Papia, cioè la ingenua che avesse tre figli, e la libertina che ne avesse quattro (n).

Negli ultimi tempi dell' Impero finì totalmente la tutela delle donne, e trovasi solo menzionata in un editto di Diocleziano (o). Ma d'allora in poi non se ne ha più contezza.

(l) *Cicer. Pro Murena c. 12.*

(m) *Gai. Inst. l. 173. 181. Praeterea senatusconsulto mulieribus permissum est, in absentis tutoris locum alium petere, quo petito prior desinit; nec interest quam longe aberit is tutor. . . . 174. Sed exei pitur ne in absentis patroni locum liceat libertae tutorem petere. 175. Patroni autem loco habemus etiam parentem qui in. . . sibi remaneipatam filiam neptemve aut proneptem manumissione legitimam tutelam nactus est. Huius quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur: patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur quam et pater eorum habuit. 176. Sunt tamen causae, ex quibus etiam in patroni absentis locum. . . tutorem petere, veluti ad hereditatem adeundam.*

(n) *Gai. l. 113. 145. 194.*

(o) *Frag. Vat. §. 323.*

LIBRO III.

Diritti Reali.

CAPITOLO I.

DEL POSSESSO.

T. D. de acquirenda vel amittenda possessione (41. 2.); — C. de acquirenda vel retinenda possessione (7. 32.). — *De Savigny*, Il diritto del possesso, Gliess. 1803. — *Tiegerström*, La bonarfedei possesso e il diritto del possesso, Berlino 1836. — *Puchta*, Corso delle Istituzioni.

§. 149.

I. Concetto e divisione del possesso.

In generale per possesso s'intende l'autorità di fatto che una persona tiene sopra una cosa, congiunta al proposito di tenerla per sè, coll' *animus*, cioè, *rem sibi habendi* (a).

1) Così definito, il possesso si dichiara per uno stato di fatto, che rivela l'esclusivo ed illimitato potere della persona sopra quel determinato obbietto; ossia l'esercizio d'un diritto di proprietà, senza che appaia se questa relazione provenga o no dal diritto.

La quale relazione congiunta alla volontà incessante di escludere qualunque altro da quello esercizio (b), anche solamente come tale può avere grande importanza. Imperocchè per mezzo di fatti esterni si appalesano le relazioni giuridiche, e, quando si osserva che taluno senza interruzione e con perenne proposito si svolge in un determinato senso, si presume che tale esercizio fin dal principio abbia causa legale; presunzione che dura finchè non si abbia certezza del contrario.

Quindi questo stato di fatto, di cui non si sa, se sia o no l'effetto di un diritto, e anche non l'essendo, se colui, il quale si rappresenta come subbietto, sappia o no l'ingiustizia che commette (c), debb'essere guarentito e

(a) L. 1. p. h. t. *Paul*. Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit; quam Greci (*detentionem*) dicunt.

(b) L. 1. §. 3. h. t. *Paul*. Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere; quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant: si cuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. . . .

(c) §. 4. Inst. per quas person. (2. 9.).

protetto come qualunque svolgimento della personalità, che non sia evidentemente ingiusto.

È massima che niuno dev'essere ad altri preferito, finchè non pruovi per sè un diritto migliore; vale a dire, finchè non metta avanti in proprio favore una migliore presunzione, o non distrugga affatto quella che favorisce colui che esercita già il diritto. In materia di possesso ciò si fa o producendo un titolo migliore, o provando addirittura il diritto di proprietà, giacchè avuta certezza di questo diritto, termina il possesso; ma finchè non è provata la proprietà, se ne lascia e se ne tutela l'esercizio a chi lo tiene di fatto. Essendo il possesso tal fatto che fa nascere presunzione di proprietà, è solo possibile dove la proprietà è possibile, e non dove questa non può aver luogo; il che è tanto chiaro che alcuna volta nelle leggi è usata la parola *possessio* in senso di proprietà (d).

Da questo valore giuridico del possesso nascono i così detti *iura possessionis*, cioè il diritto di poter usare le azioni per difendere il proprio possesso contro ogni turbativa (interdetti), quantunque il diritto di possedere (*ius possidendi*) potesse appartenere ad un altro: ed ancora sotto certe condizioni può il possessore acquistare per mezzo del possesso il pieno diritto di proprietà (usucapione). Qui si distingue il *ius possessionis* dal *ius possidendi*, quello vale per presunzione come causa efficiente di diritti, e l'ultimo è per contrario l'effetto di un diritto stabilito e conosciuto (e).

2) Ma perchè il possesso potesse avere questi effetti conviene che sia civile, onde la prima divisione del possesso in civile e naturale; è possesso civile, quando si possiede *animo domini*, ossia con l'intenzione di attribuire a sè il diritto di proprietà; è al contrario naturale quel possesso al quale manca una tale intenzione, quando si possiede *alieno nomine*, o senza coscienza, ossia la semplice detenzione, ch'è pure il materiale fondamento del possesso civile: i Romani esprimevano il naturale: *tendere, naturaliter possidere, in possessione esse, corporaliter possidere*.

Conviene inoltre che il possesso sia giusto, ed è tale quello non viziato dai tre vizii del possesso, che è insomma *nec vi, nec clam, nec precario*; il contrario è possesso ingiusto (f).

(d) L. 78. de V. S. (50. 16.). — *Paul.* Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat: sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est.

(e) §. 3-6. Inst. de interd. (4. 13.). — L. 2. uti poss. (43. 17.). — L. 11. pr. h. t.

(f) L. 6. pr. §. 1. L. 7. h. t.

ANNOTAZIONE

Sulla nomenclatura e propriamente sul significato delle parole *possessio civilis* e *naturalis*, avvi forte controversia. Dagli effetti del possesso si può stabilire che in tutti i casi in cui il possesso ha conseguenze giuridiche, ossia quando sono ammessi almeno gl' interdetti possessorii, si ha una *possessio civilis* secondo i Romani, se il contrario, il possesso è detto naturale. Questa opinione è sostenuta dal Thibaut e da molti altri (g). Altri distinguono i diversi effetti del possesso e stabiliscono che per *possessio civilis* s' intende dai Romani il possesso che produce l' usucapione, *possessio naturalis* al contrario quello che non può avere tale effetto. Ma questa *possessio naturalis* a volta sua può esser tale che fa nascere gl' interdetti possessorii, ed allora si chiamerà *possessio per eminentiam*, o possesso propriamente detto; ovvero può non produrre questo effetto giuridico, e sarà detto possesso naturale nel significato ristretto della parola.

Eguualmente *civiliter non possidere* ha doppio significato, può questa frase denotare la negazione del possesso civile, ovvero anche la negazione di ogni possesso fondato su motivi giuridici. Questa divisione è del Savigny il quale è seguito dalla maggior parte dei giuristi moderni (h). Secondo questi adunque il possesso si tripartisce in civile, giuridico o anche naturale, e naturale in senso stretto.

Volendo attingere dai fonti la vera divisione del possesso, si vedrà quel che sopra abbiamo esposto, che cioè se la *detentio* è congiunta coll' *animus domini*, *animus rem sibi habendi* è possesso civile, senza questa intenzione è sempre naturale, anche se l' intenzione vi stesse di fatto, ma non potesse aver luogo per legge; come quando si possiede una *res* fuori commercio, o quando il possessore è incapace di proprietà, ovvero quando il possesso discende da un atto considerato nullo per diritto civile (i).

L' opinione del Savigny è giustificata perchè tra gli effetti del possesso la sola usucapione procede propriamente dal diritto civile; ma questo significato, che dà l' illustre giurista alle parole *civilis possessio*, è meramente storico, e saremmo di accordo se si trattasse sapere, degli effetti del possesso quali abbiano origine civile e quali pretoria. Ora non è già questo il punto della questione; poichè la parola *civile* in dottrina vuol dire tuttociò ch' emerge dall' individualità del diritto romano, qualunque ne sia l' organo legislativo; sicchè in questa accettazione anche il diritto pretorio è compreso nel diritto civile. Siamo però lontani di accettare la divisione del Thibaut e degli altri; poichè, sebbene si concedano gl' interdetti possessorii a possessori, ai quali manca in tutto l' *animus domini*, questo è per cause speciali (§. 150 ann.), nè faceva bisogno cambiare le espressioni già adottate. Da ciò risulta che, dando il vero significato alla locuzione *civilis possessio*, e prescindendo dalle eccezioni e casi particolari, nei quali sono conceduti gl' interdetti anche al possessore naturale, sarà rafferma la nostra divisione, ossia che dato nel possessore l' *animus*

(g) Thibaut arch. civile XVIII. pag. 317., XXIII. pag. 167. ss.—Warnkœnig. archiv. civ. XX. pag. 178.—Sintenis, diritto civile prat. I. pag. 447. ss. not. 23. 24.

(h) Savigny, del possesso §. 7.—Tohn. Museo renano IV. 93.—Puchta, de possessione civilis, Lipsiae 1839.—Arndts, comp. §. 136. — Haimberger. §. 182.

(i) L. 1. §. h. t. ved.—Burchardi, comp. del diritto romano II. §. 151.

rem sibi habendi, sarà un possessore civile, se per contra non abbia quest' animo, sarà naturale. La testimonianza dei fonti, se ben s' interpretano, è chiaramente in favor nostro. Giuliano nella legge 2. §. 1. pro herede (41. 5), così si esprime. « Quod » vulgo respondetur: causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipien- » dum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propte- » rea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui » commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse ». Dapprima è fuori dubbio che i casi di possesso naturale riferiti da Giuliano in questa legge giustificano pienamente la nostra opinione, specialmente quando si confronti con questa altra legge del medesimo giurista L. 33. §. 1. de usurp. (41. 3.); sicchè argomentando da due testi di Giuliano, possiamo affermare che questi intendeva per possessori naturali coloro ai quali mancava l' *animus rem sibi habendi*, e civili quelli che avevano tale proposito di attribuirsi la proprietà. Difficile sarebbe l' assunto di conciliare il frammento di Giuliano con la teoria del *Savigny*, imperocchè se Giuliano avesse potuto parlare dell' applicazione della massima *causam possessionis nemo sibi mutare potest* al solo possesso che tende alla usucapione, sidovrebbe tenere quella massima come di nessuna pratica importanza. Di fatti il *Savigny* crede, per giustificare la sua divisione, che la massima suddetta si rapportasse solamente alla *usucapio pro herede*, per la quale, secondo il diritto anteriore a Giustiniano il possessore delle cose ereditarie, indipendentemente se di buona o mala fede, ed in generale se in condizione o no per usucapire, acquistava la proprietà delle cose ereditarie in un solo anno, qualunque fosse la natura di esse.

Ora l' *usucapio pro herede* di questa forma e carattere più non si ha nella legislazione giustinianea, sicchè stando alla interpretazione del *Savigny* tutta la regola: *causam possessionis nemo sibi mutare potest*, non sarebbe più applicabile. Che poi questa regola fosse stata introdotta nell' antico diritto, per quei soli casi in cui uno poteva mutare il suo titolo di possesso in quello immensamente più vantaggioso di *pro herede*, è una opinione la cui esattezza è alquanto dubbia. E di vero se così fosse, di questa regola giuridica oramai senza efficacia positiva non dovremmo più trovare vestigio nella legislazione giustinianea, cessato l'istituto di diritto cui si rannodava. Oltre che non potendo accettare sì grande negligenza dei compilatori, abbiamo motivo di credere che tale massima non era solamente applicabile alla *usucapio pro herede*, ma anche alla *possessio proprietatis*, e per questa è rimasta; tanto più che in varii modi, e positivamente e negativamente, la troviamo adoperata ed applicata anche nella legislazione giustinianea (k).

Nè diverso risultato ne viene interpretando convenientemente la legge 3 §. 15 ad exhib. (10. 4.) « Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non » solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Deni- » que creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet ». Da questo

(k) L. 1. §. 2. pro don. (41. 6.). — L. 5. C. h. t. (7. 32.). — L. 23. C. de loc. et cond. (4. 63.). — L. 3. §. 19. 20. L. 19. §. 1. h. t. L. 10. fin. si pars hered. petat. (3. 4.). — L. 2. §. 21. pro emior. (41. 4.). — L. 6. §. 3. L. 22. pr. de precar. (43. 26.). *Venuleius*. Si is qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit ut sibi retinere rem liceret, vel is qui alienam rem emisset, dominum rogaverit, apparet eos precario possidere; nec existimandos mutare sibi causam possessionis quibus a domino concedatur precario possidere. Nam et si id quod possideas, alium precario rogaveris, videri te desinere ea prima causa possidere et incipere ex precario habere.

passo si scorge l'inesattezza della divisione del *Thibaut* e dei suoi seguaci, imperocchè mentre questi giuristi chiamano il creditore pignoratario possessore civile, in questa legge è detto chiaramente naturale, quantunque essi si provassero d'interpelare la parola *denique* non come conseguenza o esempio della frase antecedente. D'altra parte neppure la teoria del *Savigny* potrebbe giovare di questo frammento. Imperocchè non sarebbe un grande argomento quello di voler concludere, che solo il possesso civile mena all'usucapione da ciò, che il creditore pignoratario, sebbene abbia tutti gli effetti giuridici del possesso tranne l'usucapione, è possessore naturale; per contrario meglio si direbbe, essere il pignoratario creditore possessore naturale, perchè possiede *alieno nomine*, quantunque per eccezione gli sieno concessi gl'interdetti possessorii: questa opinione si chiarirebbe, quando si leggesse il sopracitato §. 15, congiuntamente con le leggi 4. 5. che seguono, nelle quali come esempi della *possessio naturalis* sono riportati casi di possesso *nomine alieno*.

Grave difficoltà si presenta dal *Savigny* e dai suoi seguaci con un argomento preso da due leggi, una delle quali (L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.)) così dice: « *Dei-citur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; nam et naturalis* » possessio ad hoc interdictum pertinet, §. 10. *Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti* ». E l'altra (L. 26. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1.)): « *Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meae donationis causa dare, et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia, licet illa iure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor, nihil habet, quod tradat* »; in queste leggi adunque mentre si nega il possesso civile alla donna donataria del marito, pure è considerata come possessora ed ha gl'interdetti (1).

Con queste leggi si abbatte in tutto la teoria del *Thibaut*, sebbene egli ed i suoi seguaci si sieno sforzati a dimostrare, che l'interdetto dalla legge fosse concesso non alla moglie, ma al marito; ovvero che qui non si fa parola del subbietto dell'interdetto, ma che sia espresso il principio che l'interdetto *unde vi* si concede anche al possessore naturale: o che venga dato non a lui, ma a colui nel cui nome possiede ec. (m). Per contra crediamo giusta l'interpretazione del *Savigny*, ma pure non accettiamo le conseguenze ch'egli ne trae. Egli sembra che il risultato di quelle due leggi sia questo: le donazioni tra i coniugi sono di nessun momento, ed essendo negata al coniuge donatario la proprietà, gli è impossibile ancora il possesso civile (n); ma egli può essere ciò nondimeno possessore naturale per la nota massima *res facti infirmari iure civili non potest* (o). In questa specie di possesso naturale, come in altri casi simili, evvi la particolarità che il detentore non possiede in nome altrui, nè altri ha la *possessio proprietatis* delle cose donate; è però giusto che in questo caso il detentore abbia facoltà di produrre gl'interdetti possessorii, poichè

(1) Ved. L. 1. §. 4. L. 16. h. t.; L. 1. §. 2. fin. pro donato (41. 6.).

(m) *Kierulf*, teoria del diritto civile comune, pag. 349. N. 3. — *Thibaut*, Archivio civile XXIII, pag. 185.

(n) L. 26. de don. int. vir. et uxor. (24. 1.).

(o) L. 1. §. 4. L. 16. h. t. *Paul*. Si vir uxori cedat possessionem donationis causa, plerique putant, possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest; et quid attinet dicere, non possidere mulierem, quum maritus, ubi noluit possidere, protinus amisit possessionem? — L. 1. §. 2. pro don. (41. 6.).

Diritto romano.

chi sarebbe quegli che potrebbe usare degl' interdetti? Fino a questo segno si può sostenere la tesi, che anche ai possessori naturali spettino gl' interdetti; gli altri in casi diversi, come il fittaiuolo e simili, non potranno adoperare questi mezzi (p).

§. 150.

II. Del subbietto e dell' obbietto del possesso.

I. Giusta la definizione del possesso (§. 149.) colui solamente che ha idoneità di volontà (§. 42.), può esserne il subbietto; ma dippiù come il fatto del possesso dà una presunzione di diritto di proprietà, è necessario che il subbietto avesse ancora la capacità di esser proprietario.

1) Non possono essere adunque giammai subbietti del possesso:

a) gli schiavi, perchè loro manca in tutto la volontà giuridica, sia che la schiavitù venga per nascita o per prigionia, ovvero derivi dalla *capitis deminutio maxima* (a);

b) il figlio di famiglia, che sebbene avesse idonea la volontà, pure non potendo essere per sè proprietario, non poteva negli antichi tempi nemmeno possedere; ma, dopochè l'istituto del peculio prese tale importanza da rendere il figlio di famiglia proprietario (§. 121), egli è nel diritto ultimo idoneo al possesso.

Pure, quand' anche alcune persone non sieno capaci di volontà legale, concedendo ad esse la legge la capacità di aver proprietà, non si può loro negare nè anche il possesso; e per tal modo l' infante, il furioso, e le persone morali nelle quali si finge la volontà ed il corpo, possono essere idonee al possesso (b).

2) Affinchè una persona sia subbietto del possesso conviene che abbia oltre la materiale detenzione anche il proposito di attribuirsi la pro-

(p) L. 1. §. 10. 22. 23. L. 12. de vi (43. 16.). *Ulp.* Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti; non tamen, si colonus §. 22. Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere. — *Vangerow.* 1. §. 199.

(a) L. 1. §. 6. L. 23. §. 1. L. 24. 30. §. 3. L. 49. §. 1. h. t. *Iavol.* L. 23. §. 1. In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est, corporaliter tamen possessionem amittunt; neque enim possunt videri aliquid possidere, quum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit. — L. 13. pr. L. 31. §. 2. *deusuc.* (41. 3.). — L. 118. de R. I. L. 19. ex quib. caus. mai. (4. 6.).

(b) L. 1. §. 20. 22. L. 2. h. t. *Paul.* Municipales per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt. Forum autem, et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur. Sed Nerva filius ait, per servum, quae peculialiter adquisierint, et possidere, et usucapere posse: sed quidam contra putant; quoniam ipsos servos non possideant. L. 2. *Ulp.* Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipales possint, idque iis et per servum, et per liberam personam acquiratur.

prietà, cioè deve usare la cosa come il proprietario, e con l'animo di esserlo (*animus domini*); e così avrà facoltà di produrre gl'interdetti contro qualunque turbativa. Con tutto ciò per eccezione questo medesimo effetto del possesso è dato dalle leggi a talune persone, per le quali l'*animus domini* è impossibile, cioè: a) al creditore pignoratario; b) al superficiario; c) all'enfiteuta; d) al sequestratario; e) finalmente al *precarius accipiens*. In questi casi propriamente vi sarebbe un possesso del tutto naturale; poichè il creditore pignoratario, l'enfiteuta, il superficiario, il sequestratario e chi riceve la cosa in precario non hanno l'*animus domini*, nè possono averlo, possedendo *alieno nomine*; ma essi riconoscono gli effetti giuridici del possesso dalla volontà del possessore precedente; però la moderna scuola intende questa specie di possesso quale *possessio derivata* (c).

3) Il potere di fatto che si ha sulla cosa soggetta al possesso è esclusivo, nè si può insieme e collettivamente concedere ad altri sopra la stessa totalità della cosa; onde la massima: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* (d). Ma solo nei due casi seguenti è possibile che molti abbiano il possesso nello stesso tempo della medesima cosa: quando l'uno abbia il giusto, l'altro l'ingiusto possesso, o l'uno il naturale e l'altro il civile; veramente questo secondo non è contrario alla massima predetta, giacchè chi ha possesso naturale, non possiede per sè, ma in nome altrui.

4) La regola anzidetta vieta il possesso di più sulla totalità della cosa; ma molti insieme possono senz'ostacolo avere il possesso non della totalità, ma in modo che ciascuno sia limitato a certa parte della cosa: questa è la *compossessio*. Se l'*animus* di ciascun possessore intende ad una parte meramente ideale, saranno possessori *pro indiviso*; è bisogno nondimeno che l'intento di ciascuno certamente si fissi alla sua determinata parte, anzi le parti debbono esser state precedentemente assegnate da un atto giuridico (e). Per contrario si diranno possessori *pro diviso*,

(c) Savigny, possesso §. 23.

(d) L. 3. §. 5. h. t. *Paul.* Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsam possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste, vel duos iuste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat; quod est verius, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris.—conf. L. 4. pr. L. 3. §. 13. h. t.

(e) L. 20. h. t. *Pomp.* Locus certus ex fundo et possideri, et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa, incerta autem pars nec tradi, nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: *quidquid mei iuris in eo fundo est*; nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est, potest.

se i diversi subbietti intendono ciascuno ad una parte corporale, dato che ciascuna parte della cosa possa stare da sè sola, o dal possesso abbia avuta esistenza divisa.

II. Quanto all' obbietto del possesso per regola tutto ciò che può essere obbietto di proprietà, può essere anche del possesso. Per la qual cosa non sono capaci di possesso: le cose fuori commercio; le cose incorporali; delle *universitates rei distantium* le *universitates iuris* (§. 35. ann.), le quali anch' esse appartengono alle cose ideali. Finalmente non si può possedere un uomo libero; sebbene il possesso di un libero creduto schiavo abbia le sue giuridiche conseguenze (f).

ANNOTAZIONE

La controversia sulla distinzione e sul valore delle locuzioni *possessio civilis* e *naturalis* si riproduce tra i giuristi riguardo al subbietto del possesso.

È già stabilito nel paragrafo precedente essere possesso civile quando si possiede *animo rem sibi habendi*, e naturale quando si possiede *nomine alieno*. Ora essendo il primo possesso quello solo dal quale nasce il diritto degli interdetti, non si è unanimi nel dar ragione, perchè il creditore pignoratario, l'enfiteuta, il superficiario, il sequestratario, e il possessore del precario abbiano diritto anch'essi di produrre gl'interdetti sopracitati.

Il *Savigny* ragiona di questi casi come eccezioni, che per ispeciali motivi si dipartono dalla regola, ed a loro riguardo ammette un possesso derivato (g).

Questo principio è stato negli ultimi tempi contrastato da molti giuristi, alcuni dei quali non accettano come necessaria condizione del carattere giuridico del possesso l'*animus domini*, che per essi è troppo ristretto ed esclusivo. Questi scrittori in cambio di ciò, mettono per fondamento del possesso giuridico un *animus* di natura tanto larga, che comprenda anche i casi di possesso citati, che pel *Savigny* e per noi valgono come eccezioni (h).

Altri poi si pongono in un punto di mezzo, in quantochè tengono da una parte che solamente l'*animus domini* e non altro, dia carattere giuridico al possesso, ma opinano dall'altra parte che un tale *animus* si trovi anche nei casi del predetto possesso derivato (i). Che sia l'*animus domini* l'unico ed il vero fondamento del possesso giuridico, si è veduto ampiamente nel precedente paragrafo; ma è ancora, secondo tutto ciò che abbiamo detto, indubitato che il creditore pignoratario venga

(f) L. 3. pr. h. t. *Paul.* Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.—L. 30. §. 1. cod. *Idem*... Locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, et si contemnamus religionem, et pro privato eum teneamus; sicut hominem liberum. — L. 1. §. 6. L. 23. §. 2. h. t. *Paul.* Sed et per eum, quem bona fide possidemus, quamvis alienus sit, vel liber, possessionem acquiramus; quod si mala fide eum possideamus, non puto acquiri nobis possessionem per eum; sed nec vero domino, aut sibi acquireret, qui ab alio possidetur.—§. 4. 5. Inst. per quas. pers. (2. 9.).

(g) Ved. *Savigny*, possesso §. 9. 23-25.

(h) *Wronkōnig*, arch. civ. XIII. 169. — *Kierulff*, teor. 1. 333. — *Bücking*, Inst. I. §. 123 ed altri.

(i) *Schröter*, giornale di Giessen. §. 253. — *Bartels*, cod. V. 177.

qualificato nei fonti come un *possessor naturalis*, ossia che possiede *alieno nomine*; almeno questo è detto espressamente pel creditore pignoratario; mentre gli si accorda insieme conseguenze giuridiche di un possesso che non può essere se non derivato: *adeo ut adiici possit et possessio eius, qui pignori dedit* (k).

Laonde dopo attente ricerche, non possiamo non essere di accordo con l'opinione del *Savigny* e della maggior parte dei moderni giuristi (l).

In quanto poi ai casi e al valore del possesso derivato non vi è concordanza di parere. A noi sembra che le leggi lo diano in cinque casi e propriamente:

1) al creditore pignoratario (m), ed in ciò sono tutti di accordo. Il creditore, cui s' impegna una cosa, affinché la serbi per sicurezza del suo credito, non può avere certamente l'*animus domini*, poichè, quantunque possessore, riconosce in altri il diritto di proprietà; e la sua volontà intende alla cosa per uno scopo parziale, la sicurezza del credito. Questa necessità che avea prodotto il possesso del creditore sulla cosa, fece estendere a lui gl' interdetti, come mezzo di tutelare la garanzia del suo diritto, il possesso della cosa. Sebbene dipoi questi interdetti non fossero più indispensabili, avendo il creditore pignoratario un' azione reale, l' *actio quasi Serviana*, nondimeno gli rimasero, perchè compatibili con quella azione: avendoli anche il vero proprietario che può con la *rei vindictio* difendere la sua proprietà (n).

Dando il diritto degl' interdetti al creditore pignoratario, si toglie conseguentemente al debitore, che prima possedeva: ma è regola che, pur considerando trasmesso il possesso del debitore, questi nondimeno continua a possedere per l'usucazione; il che vuol dire che, alienando il possesso, non perde insieme l'*animus domini*, e che il creditore possiede sempre in nome di lui, cioè *nomine alieno* (o).

Questo possesso derivato si è voluto estendere anche al creditore ipotecario, qualora sia messo nel possesso della cosa; ma è errore, giacchè in questo caso il creditore ipotecario non ha che la sola detenzione; ed in verità questa *missio in possessionem*, quantunque avvenisse pel così detto pegno pretorio, pure, permettendosi solo per assicurare la vendita, non dà che la semplice detenzione (p).

2) Un altro caso di possesso derivato viene ancora dall' enfiteusi; ma su questo punto i giuristi non sono unanimi. E di vero v' ha chi nega avere l' enfiteuta una *possessio corporis derivata*, ed accetta solamente una *iuris possessio* (q); ma questi

(k) L. 16. de usurp. (41. 3.).

(l) Ved. *Sentenis*, giornale di Giessen. VII. pag. 2. 23. — *Thibaut*, archivio civile XVIII. pag. 327. — *Burchard*, cod. XX. 18. — *Puchta*, annali critici di *Richter*. I. 677. ss. — *Michlebruch*, §. 233. — *Puchta*, corso delle Istit. §. 227. (traduz. itat. Nap. 1834), ed altri.

(m) L. 35. §. 1. L. 37. de pign. act. (13. 7.). — L. 1. §. 15. L. 3. §. 23. L. 10. §. 1. L. 36. 40. h. t. (41. 2.). — L. 16. de usurp. (41. 3.). *Javol.* Servi nomine, qui pignori datus est, exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet; adeo et adiici possit et possessio eius, qui pignori dedit.

(n) *Savigny*, o. c. §. 24.

(o) L. 1. §. 15. L. 3. 23. h. t. — L. 16. de usurp. (41. 3.). — Ved. not. prece.

(p) L. 3. §. 23. L. 10. §. 1. h. t. *Ulp.* Est autem longe diversum, aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse; denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa; quod si factum est, utrumque procedit. — L. 3. §. 8. uti poss. (43. 17.).

(q) *Arndts*, giorn. di Giessen. (nuova serie III. pag. 567.).

cade fortemente in errore; di fatti se così fosse non avrebbe l'enfiteuta la *utilis corporis vindictio*, l'acquisto dei frutti per separazione, e le azioni quasi confessoria e negatoria riguardo alle servitù del fondo in enfiteusi; e specialmente per queste non si potrebbe mai comprendere come a colui, che non ha verun potere sul *corpus*, potrebbero competere queste azioni per le servitù, che si attaccano veramente al *corpus predii* (r); mentre i suddetti diritti non si hanno p. e. dall'usufruttuario, da parte del quale sta veramente la *iuris possessio*.

Ma per contra, come spesso avviene, non è mancato chi audasse all'altro estremo, ammettendo nell'enfiteuta l'*animus domini*, e per conseguenza riconoscendo in lui non un possesso derivato, ma sibbene originario. Anche questo è incompatibile col carattere dell'enfiteusi, che, in qualunque modo si guardi, è sempre e non altro che un *ius in re aliena*, e per conseguenza non può supporre l'*animus domini* (s).

Quantunque mancano speciali determinazioni di legge, pure in quanto all'usucapione, e agl'interdetti bisogna accettare le regole già stabilite pel creditore pignoratario.

3) Più contrastato ancora è il possesso derivato del superficiario, e questa volta dallo stesso Savigny. Il dotto autore della Teoria del possesso si persuade di escludere il superficiario dal numero dei possessori derivati per due riflessioni; per l'analogia che questo istituto ha con la servitù, e pel fatto di qualche rilievo, che al superficiario non compete l'interdetto comune *uti possidetis*, ma un altro interdetto, essendo l'*uti possidetis* ritenuto dal *dominus superficialis*; il che si può solo spiegare accordando al superficiario la sola *iuris possessio*, altrimenti si contraddirebbe alla massima: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* (t). Quantunque questo argomento meriti considerazione, pure crediamo esser più fondata l'opinione che riconosce anche nel superficiario un possesso *corporis* derivato; principalmente perchè l'analogia della superficie con le servitù ci pare poco esatta, e piuttosto ci sembra perfetta con l'enfiteusi; in entrambe ha luogo una *utilis corporis vindictio*, e una *utilis actio confessoria* e *negatoria* (u). La sola difficoltà è, che presso il possessore rimane l'*interdictum uti possidetis*, ed al superficiario si dà un altro interdetto speciale; ma deve riflettersi che il vero possessore dell'edificio non può essere che il possessore del suolo, e per l'altro non si può far parola che di una *quasi corporis possessio*. Onde sebbene per speciali condizioni dovè attribuirsi il possesso a chi non è possessore del suolo, non si potette nondimeno concedere al superficiario l'*interdictum uti possidetis*, che suppone rigorosamente il possesso del suolo, ma si dovette concedere uno speciale interdetto (v).

(r) L. 1. §. 1. si ager. vect. id est *emphyteuticarius* petatur. (6. 3.). Paul. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed adversus ipsos municipales.—L. 25. §. 1. de usur. (22. 1.). — L. 16. de servit. (8. 1.). — ved. Büchel, disamin. vol. I. pag. 329. not.

(s) Schröter, giorn. di Giess. II. 253. — Puchta, ann. crit. di Richter, I. p. 679. — L. 3. §. 7. uti. poss. (43. 17.).

(t) Savigny, introd. LXIII. §. 23. — Rudorff, giorn. stor. XI. 18.

(u) L. 73. §. 1. L. 74. 75. de rei vind. (6. 1.). — L. 3. §. 3. de oper. nov. num. (39. 1.).

(v) Vangerow, I. c. §. 200. — v. anch. — Unterholzner, teor. delle prescr. pag. 246 — Schröter, giorn. di Giess. II. 244. — Büchel, disam. N. 3. pag. 65 ed altri.

S' intende che in quanto alla usucapione e agl' interdetti deve osservarsi la regola precedente.

4) Il possesso derivato per il sequestratario è da tutti accettato. Generalmente il sequestro non dà che la sola *detentio* con la *custodia rei*; ma se è fatto all'uopo d' interrompere il possesso di una delle parti litiganti, allora il sequestro dà luogo ad un possesso derivato. Per l' usucapione poi evvi la regola messa da Giuliano; che non può darsi nè continuazione di possesso per una delle parti litiganti, nè accessione di possesso per colui che vince la lite (x).

5) Finalmente per regola generale il precario dà anch' esso luogo ad un possesso derivato, eccetto quando si stabilisca il contrario (y).

Questa trasmissione del possesso non nuoce al proprietario (*rogatus*), perchè ha un interdetto *recuperandae possessionis* in caso che il possesso fosse alienato dal *rogans*. Per l' usucapione vale la medesima regola come pel creditore pignoratario; cioè che il *dominus rogatus* continua a possedere ad *usucapionem*, come è stabilito espressamente da una legge di Pomponio (z). Questa regola nondimeno è fortemente contrastata per un' altra legge di Ulpiano, la quale al contrario afferma che il possesso all' usucapione del *precarium dans* vada perduto, soltanto che, terminato il precario, si farà luogo ad una accessione di possesso (aa).

Di queste due leggi il *Savigny* sceglie quella di Ulpiano e rifiuta quella di Pomponio, come un errore, che i compilatori commisero accettandola nelle Pandette, avendo essa riprodotta un' opinione di Sabino già confutata da Paolo, e perciò debba tenersi come abolita dalla legge 3. §. 5. h. t. (bb). Che la legge di Pomponio sia stata per errore accettata nelle Pandette, è problematico, quando si rifletta che l' opinione di questo giurista fa legge speciale, e non è messa per incidente; il che significa che probabilmente fu avvedutamente scelta. È poi nuova questa massima nel diritto romano da produrre tanto scandalo? Se in grazia della massima *plurimum in solidum* etc. fa d'uopo rifiutare questa legge di Pomponio, dobbiamo egualmente rigettare la L. 1. §. 15. h. t. trovandovi stabilita la medesima regola riguardo al creditore pignoratario.

D' altra parte esaminando questa teorica da un altro ordine d' idee, un' accessione di possesso si vede impossibile. E di vero il *precarium accipiens* possedendo

(x) L. 39. h. t. *Julian*. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res; nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet; at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. — L. 17. §. 1. dep. (16. 3.).

(y) L. 4. §. 1. de precar. (43. 26.). — L. 21. §. 3. h. t. *Iavol*. Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertit. — L. 33. §. ult. de usurp. (41. 3.).

(z) L. 13. §. 4. de prec. (43. 26.). *Pompon*. Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est; placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possederat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

(aa) L. 13. §. 7. h. t. *Ulp*. Si is, qui precario concessit, accessione velit uti ex persona eius, cui concessit, an possit, quaeritur. Ego puto, eum, qui precario concessit, quandiu manet precarium, accessione uti non posse; si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem eius temporis, quo precario possidebatur.

(bb) *Savigny*, §. 11.

sempre *nomine alieno*, non ha possesso *ad usucapionem*; ora quello che non ha il *rogans*, non si può aggiungere al possesso di usucapione del proprietario concedente. Bisogna credere dunque che Ulpiano qui parli dell'*accessio temporis* non rispetto all'usucapione, ma sibbene all'*interdictum utrubi*, di cui si farà parola a suo luogo (cc).

III. Dell'acquisto del possesso.

§. 151.

A. Dell'acquisto per azione propria.

I requisiti necessari per l'acquisto del possesso sono gli stessi elementi costitutivi, cioè la detenzione e l'*animus* di tenere la cosa in proprio nome; onde il possesso non può acquistarsi se non con l'autorità materiale dell'acquirente sulla cosa, ed insieme col proposito di tenerla per sè; nè uno di questi due fatti è sufficiente, ma sono necessari entrambi unitamente; *neque per se animo, neque per se corpore*.

Essendo per noi il possesso la manifestazione esterna della proprietà, tale autorità si manifesta nel adoperare le cose secondo la loro natura; quindi l'inizio di quel potere dev'essere l'*apprehensio*, la quale non consiste propriamente nel toccare le cose, se mobili, e nel calpestarle, se immobili; ma nel mettersi il possessore con un atto reale o anche simbolico nella possibilità di esercitare quel potere (a).

È d'uopo però distinguere l'acquisto del possesso per modo originario, o per derivato. Nel primo caso fa bisogno un'azione materiale isolata, la quale mostri la potestà dell'acquirente sulla cosa, *occupatio*: così il tesoro allora sarà posseduto, quando lo si ha effettivamente nel proprio potere, nè altrimenti si possederà, quantunque si sappia che giace nel fondo; lo stesso è da dire per gli animali selvatici, che non saranno posseduti da noi, quantunque feriti, se non quando sono in nostro potere (b).

(cr) *Vangerow*, I. c. — *Denzinger*, *accessio possessionis*, §. 108.

(a) L. 3. §. 1. h. t. *Paul.* Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit, quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

(b) §. 13. 14. *Inst. de rer. div.* (2. 1.). — L. 3. §. 14. h. t. — L. 5. §. 1. de acquir. rer. dom. (41. 1.): *Gai.* Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse, et eo usque nostram videri, donec eam persequamur; quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esset et rursum fieri occupantis... Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est. — L. 3. §. 3. h. t.:

Ma nella tradizione, ch'è modo derivato non è strettamente necessaria un'azione dell'acquirente, che cada sotto i sensi; basta solo che il tradente faccia chiara la volontà di abbandonare il possesso, e così perdere la capacità di esercitar il suo potere sulla cosa trasferita: il che si compie col mostrare da vicino o da lontano la cosa immobile, promettendo di trasferirne il possesso (*traditio longa manu*) (c). Ed anche sulle cose mobili si acquisterà il possesso non solo quando le cose si tengono con mano, ma ancora quando sono messe dinnanzi agli occhi, quando si consegnano le chiavi dove sono riposte, con la consegna dei documenti, ovvero con l'opporre un segno qualunque, che indichi la nostra volontà; in questo caso la *traditio* è detta simbolica (d). Come ancora l'autorità di fatto può esservi già con la semplice detenzione; ed allora si acquisterà il possesso con la sola volontà di tener per sè, che si aggiunge, e si ha, quando colui che ha la cosa nel possesso naturale, p. e. il fittaiuolo, contrae un affare da cui dipende l'animo di possedere per sè (*traditio brevi manu*); lo stesso avviene per tradizione condizionata; poichè *pendente conditione* l'acquirente è semplice detentore, ed acquista il vero possesso con l'animo, appena avvenuta la condizione (e).

Paul. Neratius et Proculus, solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero; quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat; sed etsi sciat, non capiet longa possessione, quia scit, alienum esse. Quidam putant, Sabini sententiam veriorē esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra, quibus consensio.

(c) L. 1. §. 21. cod.: *Paul.* Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, quum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si numos debitorem iusserim alii dare; nec enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu; et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas. Nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint; et vana tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint. — L. 18. §. 2. h. t.: *Cels.* Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit; aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat, vacuumque se tradere possessionem dicat; non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem. — Ved. L. 79. de solut. (46. 3.).... et quodammodo manu longa tradita existimanda est. — L. 1. §. 2. L. 14. §. 1. de per. et comm. rei vend. (18. 6.).

(d) L. 74. de contr. emt. (18. 1.). *Papin.* Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint; quo facto confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, et si non aperuerit horrea; quod si venditoris merces non fuerint, usucapio confestim incohabitur. — L. 51. h. t. L. 9. §. 6. de acquir. rer. dom. (41. 1.). — L. 9. §. 3. de iur. dot. (23. 3.). — L. 1. C. de don. (8. 54.). — §. 42. Inst. de rer. div. (2. 1.).

(e) §. 44. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 9. §. 1. de public. act. (6. 2.). *Ulp.* Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emtionem apud eum remansit. — L. 38. §. 1. h. t.

Richiedendo l'acquisto del possesso necessariamente la volontà, anzi il diretto proposito di tenere la cosa per sè e non per altri, ne segue essere impossibile il possesso per chi non può avere pienezza di volontà come per l'infante, pel furioso (§. 150); pure in lor favore fu provveduto, che potessero ancora possedere durante l'infanzia, o la demenza per mezzo del tutore o del curatore (f); la quale eccezione alla regola generale (§. 19.) fu stabilita per utilità.

La intenzione di possedere per sè dev'essere di tal natura, che sia indirizzata ad un obbietto determinato o ad una determinata parte o reale o ideale dell'atto stesso; perciò quella volontà la quale è diretta al tutto, non può essere diretta nel medesimo tempo alla parte.

ANNOTAZIONE

La regola che la volontà diretta al tutto non può essere diretta nel medesimo tempo alla parte, quantunque fosse una regola generale, pure offre largo campo di discussione in rapporto alla sua estensione ed applicabilità. La questione si enuncia in questa guisa: *se e fino a qual punto il possessore di una cosa complessa possa dirsi possessore delle parti integranti della medesima*. Questa tesi riguardo all'acquisto e mantenimento del possesso, ne pone un'altra riguardo alla perdita, e di vero: chi possiede una cosa determinata, se a questa viene aggiunta un'altra, e nasce da entrambe un tutto diverso, perde il possesso precedente, perchè comincia a possedere il tutto?

Il *Savigny* stabilisce questi principii: Chi possiede il tutto non possiede nel medesimo tempo le parti che lo compongono; così: chi acquista il possesso di un carro, non ne possiede nel medesimo tempo le ruote come parti distinte: se il carro è rubato e non le ruote, non potendosi acquistare per usucapione la proprietà del carro, non si può acquistare neppure quella delle ruote, poichè queste non sono possedute come cose determinate; e per contrario chi è nella condizione di usucapire il carro, acquista la proprietà delle ruote, quantunque queste fossero rubate. Da questo principio nasce, che se per usucapione si acquista la proprietà del tutto, si acquista di ogni sua parte, di guisa che se le parti si staccano dopo l'usucapione, la proprietà non è perduta; se si staccano prima, vi è bisogno di un nuovo possesso sulle parti separate: però la *iusta causa possessionis* del tutto e l'*apprehensio* si estendono ancora alle parti, cosicchè il possesso è acquistato con la semplice divisione. Fanno eccezione a queste regole i materiali di un edificio, poichè in questo proposito, quando l'edificio ed i materiali appartengono a varii proprietari, la usucapione compiuta sull'edificio non produce la proprietà de' materiali; sicchè evvi bisogno di nuovo possesso anche se la divisione avvenga dopo l'usucapione; il che è conseguenza del principio, che il proprietario non poteva muovere nessuna azione, quando i suoi materiali erano compresi nell'edificio altrui.

(f) L. 32. §. 2. h. t. *Paul*. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipientis possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest; item infans peculiari nomine per servum possidere potest.

Quanto alla perdita il *Savigny* insegna che il possesso di una cosa non si perde quando essa con un'altra addivene parte di un tutto. La sua opinione è accettata da molti giuristi, quantunque nelle conseguenze in parte se ne allontanino (e).

Il *Thibaut* stabilisce la stessa regola quanto all'acquisto, ma quanto alla perdita fa le seguenti distinzioni: quando si congiunge una cosa mobile con un'altra mobile, il primo possesso non è perduto: il contrario se una cosa mobile si congiunge ad una immobile: poichè sarebbero dati ancora dieci giorni per la prescrizione dell'immobile, continuando il possesso indipendentemente a questa unione (f).

Da queste due opinioni si allontana manifestamente l'*Unterholzner*, il quale fa in ogni caso distinzione tra cose mobili ed immobili. Una cosa immobile è posseduta sempre come tutto, e mai nelle sue parti; di guisa che se la parte si stacca dal tutto, anche compiuta la usucapione dell'intero, cvvi bisogno di un nuovo possesso per usucapirla; cosicchè quello che il *Savigny* ritiene come eccezione in rapporto ai materiali di un edificio, pone questo giurista come regola generale per tutte le parti componenti una cosa immobile. Egualmente, quando una cosa mobile, che si possiede, si unisce ad una immobile, nella unione s'interrompe il possesso della prima. Tutt' al contrario se si tratta di mobili; poichè se una cosa mobile si unisce ad un'altra mobile, il possesso prosegue sempre indipendentemente dalla unione avvenuta; come ancora possedendosi una cosa mobile, se ne possiedono nel medesimo tempo anche le parti integranti (g).

Di queste tre opinioni, dopo un esame accurato della teoria, ci conviene ammettere quella del *Savigny*, però non senza qualche modificazione. In rapporto alla prima questione è d'uopo stabilire la regola che, chi possiede una cosa complessa, possiede il tutto, ma non le parti integranti del medesimo come parti separate, ma le possiede nel complesso dell'intero. Di vero, sebbene la potestà di fatto sopra una di queste parti, indipendentemente dal tutto, sia perfettamente compatibile, e sebbene da questo lato l'acquisto del possesso per la parte non sia impossibile *quoad corpus*, pure non potrebbe dirsi il medesimo in rapporto alla intenzione; perocchè, consistendo il tutto nella combinazione delle parti, è naturale, che il concetto del tutto fa sparire quello delle parti come singole cose, e di fatti l'*animus possidendi* sul tutto rende impossibile il proposito di possedere nel medesimo tempo le parti distinte. Questo principio viene espresso in rapporto agli edifici chiaramente abbastanza per non ammettere dubbio alcuno (h).

Stando a questo principio di valore positivo dobbiamo assolutamente ammettere la conseguenza che appena è staccata una delle parti, che compongono il tutto, devesi incominciare un nuovo possesso; volendo applicare questa massima alla teoria dell'usucapione si avrà, che se la usucapione non è compiuta sul tutto, e durante il tempo che corre, si stacca una parte, devesi sempre cominciare una nuova usucapione sulla parte staccata. Dall'altra parte quando si stacca dopo compiuta l'usuca-

(e) *Savigny*, o. c. §. 22. — *Binding*, Archivio civile, XXVII. 216.

(f) *Thibaut*, Sist. 211. archivio civile VII. §. 79. — *Braun*, quæst. p. 302.

(g) *Unterholzner*, teoria della prescrizione, I. §. 49. 30.

(h) L. 23. p. di usurp. (41. 3.). — L. 8. quod vi (43. 21.). — *Venul*, . . . Ceterum per se regulæ non possidentur, sed cum universitate aedificii; nec ad res pertinet, affixæ sunt, an tantum posita. — L. 30. pr. h. t. *Paul*. Qui universas aedes possidet, singulas res, quæ in aedificio sunt, non videtur possedisse; idem dici debet et de nave, et de armario.

pione del tutto, deve si riconoscere l'acquisto della proprietà anche sulla parte; cosicchè non è necessaria una seconda usucapione. La contraddizione apparente che vi è, da una parte negandosi il possesso civile sulla parte per sè, e dall'altra riconoscendosi l'usucapione, sparisce quando si consideri che non si nega totalmente il possesso sulla parte; questa non si può possedere come parte distinta, ma si possiede unitamente col tutto, ed in questo rapporto l'usucapione si compie sul tutto, e su ciascuna parte. Ed infatti, appunto perchè sulla parte non puossi riconoscere un possesso distinto e una distinta usucapione, essa è acquistata col possesso e coll'usucapione della cosa totale, e la proprietà ne consegue, come se venisse per ogni altro mezzo legittimo: se dopo la usucapione si stacca una parte, in nessun caso potrà essere rivendicata da altri.

Tutt' altro è poi se la parte ed il tutto appartengono a due proprietari, poichè in questo caso con l'usucapione del tutto non si acquista nel medesimo tempo la parte. La ragione è evidente: come in questo proposito si tratta di due proprietà, sarebbe indispensabile un possesso separato della parte, che appartiene ad un altro proprietario. Questa è la conseguenza che troviamo nelle leggi, soltantochè noi non siamo di accordo col *Savigny*, nel considerare questa applicazione come una singolarità delle leggi che deriva dal principio delle XII tavole sui *tigna iuncta*; poichè nella legge 7. §. 11. *de acquir. rer. dom.* (41. 1.) il principio non è dato come eccezione: *causa dubitationis est, an eo ipso, quod universalis aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent? quod non placuit*, e la legge 23. §. 7. *de rei vind.* (6. 1.) così si esprime: *nec enim singula coementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat*. Entrambe certamente parlano del caso quando il costruttore ha adoperato materiali di un altro: *si quis alienis coementis in solo suo edificaverit* (i).

2) In rapporto all'altra questione, cioè se il possesso si perde, quando l'oggetto posseduto si unisce con un altro, sono applicabili i principii sulla perdita del possesso, e propriamente egli è d' uopo convenire che il possesso non va perduto *quoad corpus*; imperocchè, come si è veduto innanzi, la potestà di fatto non è incompatibile su ciascuna parte non ostante la unione; molto meno si può dire che il possesso vada perduto *animo*; imperocchè non è caso di perdita se l'*animus* alla parte non possa coesistere; per la perdita del possesso è necessario non che l'*animus* più non vi sia, ma che sopravvenga un *animus contrarius*, il che non si ha dal solo fatto dell'unirsi la cosa posseduta ad un'altra. Dall'altra parte bisogna riconoscere che, se la unione è di tal natura, che la cosa posseduta, unendosi, sparisca nell'obbietto nuovo, allora è inconcepibile la continuazione del possesso; poichè il potere di fatto è assolutamente impossibile, quando più non esiste la cosa che si stava possedendo.

A questo proposito è di un' assoluta importanza la legge 30. *de usurp.* (41. 3.) di Pomponio (§. 35.), nella quale il giurista romano distingue tre specie di cose, e nel §. 1. tratta perfettamente la nostra questione con le seguenti parole: « *La- beo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum* ».

(i) L. 23. §. 7. 10. cit.

Da questa legge si rileva che indipendentemente dalla qualità delle cose, ossia se una cosa mobile si unisce ad una immobile, ovvero una mobile ad un'altra di una eguale qualità giuridica, sempre la usucapione non viene interrotta, purchè per altro nel primo caso si possedesse l'edificio; dippiù è d'uopo considerare che le parole *decem dies superessent* non formano una condizione speciale per lo scioglimento della questione, ma un esempio per dinotare l'usucapione non ancora compiuta.

Una obbiezione alquanto seria nel primo aspetto può esser fatta alla nostra opinione: le colonne e le tegole messe in un edificio altrui debbano essere considerate come *tigna aedibus iuncta* (k), e però secondo un antico principio delle XII tavole non si potrebbero rivendicare; ora ammettere la usucapione per coteste cose sarebbe contraddire alla nota massima, *agere non valenti non currit praescriptio*. Ma quest' obbiezione è agevolmente confutata. E valga il vero, prima di tutto è da dubitare fortemente se le tegole siano da considerarsi come *tigna iuncta* nel significato delle XII tavole: egli è certo che per le colonne non è riconosciuta la qualità di *tignum iunctum*. L. 23. §. 1. *de usurp.* (41. 3.): *Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum, et eogenerem rem salvam habiturum*, nè generalmente per le tegole: *Unde quidem aiunt, tegulam quoque etc.* L. 1. §. 1. *de tigno iuncto*. Pomponio e Labeone dunque non attribuivano a tali cose la qualità di *tigna iuncta*. Del resto anche ammettendo che fosse uno sbaglio di questi due sommi giuristi (il che non si può affermare senza grande leggerezza), e che Pomponio abbia poco prudentemente scelti i suoi esempj, certo è, che non per questo la nostra regola è distrutta (l).

§. 152.

B. Dell'acquisto per procuratore.

Il possesso si può acquistare ancora pel fatto altrui, ma allora è assolutamente necessario, che tra colui che effettivamente acquista e il procuratore vi sia nesso giuridico. Questo può essere:

1) una potestà; cosicchè colui che esercita la patria potestà, acquista per mezzo di chi vi è sottoposto: onde il figlio di famiglia acquistava sempre il possesso per suo padre, e l'acquisto ancora rispetto al peculio profettizio; lo schiavo per simile forma acquista pel padrone (a);

(k) L. 23. *de ser. praed. urb.* (8. 2.). — L. 41. §. 1. 9. *de legat.* (30.). — L. 21. §. 2. 3. *de legat.* (32.). *Paul.* Columnis aedium vel tignis per fideicommissum relictis eo tantummodo amplissimus ordo praestari voluit nulla aestimationis facta mentione, quae sine domus iniuria auferri possunt. — L. 1. §. 1. *de tigno iuncto* (47. 3.). *Ulp.* Tigni autem appellatione continentur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidem aiunt, tegulam quoque et lapidem, et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilis; tigna autem a tegendo dicta sunt; hoc amplius et calcem, et arena tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, utputa perticae, pedamenta.

(l) *Vanŕerow*, o. c. 1. §. 204. — *Savigny*, pass. §. 22. — *Madai*, arch. eiv. XXV. p. 313. — *Windschein*, annali di *Selt.* 1. 360.

(a) *Paul.* recept. sent. V. 2. §. 1. Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo

2) la tutela e la cura: onde il tutore e il curatore possono acquistare il possesso per il pupillo e per il minore, o per le persone giuridiche (b);

3) il mandato; giacchè in virtù di questo il mandatario acquista il possesso pel mandante (c).

Per chi acquista il possesso ad altri, deve esservi dell' obbietto la presa in possesso (*factum apprehensionis*), come se dovesse acquistarlo per sè; ma deve esservi insieme l'intenzione di acquistarlo pel mandante; giacchè, se il procuratore si proponesse di acquistarlo per sè, egli stesso diverrebbe l'effettivo possessore. Se non che, trattandosi dell'acquisto del possesso per tradizione, s'anco il mandatario creda di acquistare per sè, questo non nuoce all'acquisto del mandante, allorquando il tradente veramente intenda di trasmettere il possesso a lui e non al mandatario (d).

Il solo fatto della presa di possesso del procuratore con la volontà di tenerlo per il principale, non è sufficiente per fare acquistare il possesso a quest'ultimo, ma è necessario che egli pure abbia proponimento di acquistare quel possesso; l'acquisto sarebbe di nessun momento contro o senza ancora la volontà dell'effettivo acquirente: questi per altro con ciò solo acquista, non ostante che ignorasse essere il mandatario per lui già entrato in possesso (e).

Da questa regola nondimeno sono da eccettuare alcune persone, le

utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. — L. 1. §. 5. h. t. *Paul.* Item acquirimus possessionem per servum, aut filium, qui in potestate est; et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes sicut Sabino, et Cassio, et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intelligentur possidere, qui iis peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari et infans, et furiosus acquirunt possessionem, et usucapiunt, et heres, si hereditarius servus emat.

(b) L. 21. de pign. act. (13. 7.). — L. 1. §. 19. de acqu. poss. (41. 2). *Naul.* Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis acquirere possessionem; nam si iubeas servum tuum possidere, et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio acquirere, non est tibi acquisita possessio. §. 20: Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere.

(c) L. 41. de usurp. (41. 3.). — L. 7. §. 5. ad exhib. (10. 4.). — L. 22. §. 1. L. 2. h. t. L. 1. C. de acqu. poss. (7. 32.).

(d) L. 1. §. 9. 10. h. t. — L. 13. de don. (39. 5.). *Ulp.* Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit, servus vel sic accepit, quasi socio adquisiturus, vel sic, quasi mihi et socio; quaerebatur, quid agere? Et placet, quamvis servus ac mente acceperit, ut solo meo, vel mihi et socio acquirat, mihi tamen acquiri; nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit. — *Savigny*, §. 26.

(e) L. 42. h. t. L. 13. 53. de acqu. rer. dom. (41. 1.). — §. 3. Inst. per quas pers. (2. 9.).... Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri possit; excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus acquiri possessionem secundum Divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit, aut usucapionem vel longi temporis praescriptionem, si dominus non sit.

quali acquistano il possesso pel fatto altrui anche senza bisogno della loro propria volontà.

a) I figli di famiglia e gli schiavi mercè il peculio profettizio (*ex peculiari causa*) acquistano il possesso al padre e al padrone, pur senza la costoro volontà (f); questo principio sembra essere riconosciuto anche per quelli sottoposti all'autorità i quali non sono idonei ad avere un peculio (g).

b) Il tutore ed il curatore acquistano il possesso alle persone che hanno in tutela ed in cura, le quali certamente non sono capaci di avere una propria volontà; lo stesso è rispetto alle persone morali (h).

Colui che acquista il possesso per procuratore ha diritto agl'interdetti ed all'usucapione; tiene facoltà di produrre gl'interdetti fin da quando il mandatario ha compiuta la missione; entra poi in usucapione non appena ebbe conoscenza dell'acquisto (i).

Si acquista altresì il possesso per mezzo altrui col cambiamento di volontà dell'attuale possessore civile, quando questi dichiara di trasmettere il possesso civile ritenendo il naturale; il possesso si acquista non appena egli dichiara di esercitarlo in nome altrui: ovvero quando tra il possessore e l'altro interviene un atto, per mezzo del quale il primo resta autorizzato di tenere il possesso naturale: come quando alcuno vende un fondo e nel medesimo tempo lo prende in fitto; questo caso è conosciuto col nome di *constitutum possessorium* (k).

(f) L. 1. §. 3. L. 4. 24. h. t. *Ulp.* Quidquid filius peculiari nomine apprehenderit, id statim pater eius possidet, quamvis ignoret in sua potestate filium. Amplius, etiam si filius ab alio tanquam servus possideatur, idem erit probandum. — L. 31. §. 3. de usurp. (41. 3.).

(g) L. 1. §. 5. h. t. — ved. nota (a).

(h) L. 1. §. 3. 5. in fin. 9-11. tit. b. t. — L. 2. eod. — ved. not. (b). — L. 13. §. 1. de acq. rer. dom. (41. 1.). — L. 26. C. de don. (8. 54.).

(i) §. 5. Inst. per quas per. (2. 9.). — L. 49. §. 2. h. t. *Papinian.* Etsi possessio per procuratorem ignorantem quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur. — L. 1. C. de poss. (7. 32.).

(k) L. 18. h. t. L. 77. de rei vind. (6. 1.). — L. 28. 35. C. de don. (8. 54.). *Honor. et Theod.* Quidquid rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usumfructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere.

IV. Della perdita del possesso.

§. 153.

A. In generale.

Come il possesso si acquista col potere di fatto sull'oggetto e col proposito di tenerlo per sè, così va perduto con atti contrarii a questi, *animo et corpore contrario*, e non con la semplice intermissione di essi. Così non si perde il possesso (almeno generalmente), quando quegli elementi più non durino; si bene quando vi sono, ma in contrario, o anche quando per lungo tempo, per negligenza o mancanza di custodia l'animo supponesi in contrario (a).

1) Il possesso delle cose mobili si perde adunque:

a) qualora la cosa si distrugga, esca fuori commercio, o si trasformi in altro oggetto (b);

b) quando altri se ne impossessi (c);

c) quando l'oggetto si sia smarrito, eccetto però quando, sebbene smarrito, stia nondimeno nella nostra custodia (d);

d) quando sia caduto in luoghi inaccessibili (e);

e) finalmente rispetto agli animali se ne perde il possesso, qualora sfuggano alla custodia, se selvatici: qualora si smarriscano, se domestici: e, se mansuefatti, qualora più non ritornino (f).

(a) L. 37. §. 1. L. 40. §. 1. L. 47. §. 2. h. t. ved. not. (d). — L. 153. de R. I. *Paul.* Fere, quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur; cum quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. — Ved. L. 8. h. t.

(b) L. 30. §. 4. h. t. *Paul.* Item, quod mobile est, multis modis desinimus possidere, si aut nolimus, aut servum, puta, manumittamus; item si quod possidebam, in aliam speciem translatus est, veluti vestimentum ex lana factum.

(c) L. 15. h. t. *Gai.* Rem, quae nobis surrepta est, perinde intelligimur desinere possidere, atque eam, quae vi nobis erepta est.

(d) L. 3. §. 13. L. 25. L. 44. pr. L. 47. h. t. *Paul.* Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus; nam pecus sicut atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur; dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia eius sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio.

(e) L. 3. §. 17. L. 13. pr. h. t. *Ulp.* Pomponius refert, quum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti, an dominium integro fuit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto. Nec est simile fugitivo, namque fugitivus idcirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione; at in lapidibus diversum est.

(f) L. 3. §. 14. 15. 16. h. t. *Paul.* Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coniecerimus a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras,

2) Non sempre si perde il possesso delle cose immobili per il solo fatto che sieno uscite dalla nostra potestà, e possedute da un altro; chi possiede *solo animo*, ossia che presentemente non possiede *corporaliter*, o è assente senza procuratore, perde il possesso, sol quando questo fatto viene a sua conoscenza e lo tollera. Il qual principio è importante per l'usucapione; perocchè essa non s'interrompe, perchè altri s'impossessa dell'oggetto da noi posseduto; ma se riusciamo a rimetterci in possessione, l'antico non si considera mai cessato. Se invece il possessore, che vuol rimettersi in possesso è respinto (*vi deiectus*), ha timore, o per timore abbandona il possesso, questo sarà per lui senz'altro perduto (g).

Per la qual cosa il possesso delle cose immobili si può mantenere *solo animo*; e di qui nasce che coloro che non hanno idoneità di volontà, come gl'infanti e i mentecatti, non possono perdere il possesso, non potendo essi mutar proposito (h).

Si perde il possesso delle cose immobili ancora quando un fiume occupa tutto il fondo posseduto (i).

Il caso principale della perdita del possesso per mezzo della volontà è la rinuncia, che manifesta la volontà contraria; neanche per questa via l'infante ed il mentecatto possono perdere il possesso. Oltre a ciò si perde, trasmettendo il possesso civile, e dichiarando di tenere il naturale (*constitutum possessorium*); ovvero abbandonando la cosa (k).

quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictæ sint in libertate naturali; alioquin, etiamsi quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. §. 13. Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetæ factæ custodiæ nostræ subiectæ sunt. §. 16. Quidam recte putant, columbas quoque, quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae ex alveis nostri evolant, et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri — confr. not. preced — L. 3. §. 2. L. 4. L. 5. pr. de acq. rer. dom. (41. 1.).

(g) L. 3. §. 7. 8. L. 6. §. 1. L. 7. 23. §. 2. L. 46. h. t. *Paul.* Sed etsi animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. §. 8. Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam, et dominus timore contreritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet. — L. 6. §. 1. *Ulp.* Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a nundinis redit, aliqui occupaverit possessionem, videri eum clam possideri, *Labeo* scribit; retinet autem possessionem is, qui ad nundinas obijt. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere non clam. — L. 46. *Papinian.* Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tandiu priorem possidere dictum est, quandiu ab alio occupatam ignoraret; ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet, item non debet ignorantia tolli possessio, quae solo animo tenetur. — L. 4. §. 22. de usurp. (41. 3.). — L. 1. §. 21. 47. de vi (43. 16.). — *Savigny*, §. 31.

(h) L. 29. L. 27. h. t. *Ulp.* Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere; quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere; hoc enim non potest. — L. 1. §. 25. de vi (43. 16.).

(i) L. 30. §. 3. h. t. *Paul.* Item, quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus, aut si is, qui possidet, in alterius potestate pervenit.

(k) L. 18. L. 33. h. t. *Cels.* Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; *Diritto romano.*

§. 154.

B. Della perdita per procuratore.

Il possesso, come si acquista per mezzo di procuratore, si può ancora nella medesima forma perdere; ma quando si esercita il possesso per mezzo di procuratore, il possesso principale lo mantiene finchè duri in tale proponimento: onde non lo perderà, sol perchè venga impedita la sua materiale autorità sull' oggetto; nè si considera come *vi deiectus*, qualora sia scacciato di possessione, giacchè il possesso è per lui ed in suo nome mantenuto dal procuratore (a).

1) Si perde però il possesso quando questi incontra un corpo contrario, e viene discacciato, sia o pur no tale scacciata a notizia del possessore principale (b).

2) Il possesso è perduto ancora quando colui che lo esercita in nome altrui fa proponimento di possedere in nome proprio; purchè tale volontà sia fatta nota da un fatto esteriore: senza il qual fatto il titolo di possesso del procuratore, ossia il possesso in nome altrui, non può tenersi come cambiato: *nemo causam possessionis sibi mutare potest*; e però si richiede al meno che il procuratore rubasse le cose, se mobili; o pure che la sua mala fede sia manifesta al possessore principale. Ma al contrario il possesso non è perduto, se il procuratore ha intenzione di possedere per un terzo (c).

Se mai il procuratore abbandoni fraudolentemente il possesso, questo non si perde, eccetto quando altri se n'è effettivamente impossessato. Quando invece colui, che possiede da procuratore, trasferisce ad un terzo il possesso, è perduto ancora per il possessore principale (d).

uee enim nuto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio; nec idem est possidere, et alieno nomine possidere, nam possidet culus nomine possidet, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

(a) L. 9. h. t. L. 1. §. 43. de vi (43. 16.). *Ulp.* Non alii autem, quam ei, qui possidet, interdictum unde vi competere, quod apud Vivianum relatum est, si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui deieci non sunt. — *confr.* L. 20. h. t.

(b) L. 44. §. 2. h. t. — L. 1. §. 22. de vi (43. 16.). *Ulp.* Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere; et ideo his deiectis ipsi deiei de possessione videtur, etiam si ignoret eos deiectos, per quos possidebat. Et si quis igitur alius, per quem possidebam, deiectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium est.

(c) L. 3. §. 18. 19. l. 19. §. 1. L. 32. §. 1. L. 47. h. t. *Marcel.* Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis mutare posse, credibile est, de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non, si quis, dimissa possessione prima, eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit. — L. 67. pr. de furtis (47. 2.).

(d) L. 40. §. 1. L. 44. §. 2. h. t. L. 33. §. 4. de usurpat. (41. 3.). — *ved. annot.*

ANNOTAZIONE

Sull' ultimo punto, cioè quando il procuratore dolosamente, senza voler acquistare il possesso per sè stesso, cessa di esser possessore, eravi quistione tra i giuristi romani; e mentre da una parte Proculo nella legge 31 *de dolo* (4. 3.), Paolo nella legge 3. §. 8. h. t. e Papiniano nella legge 44. §. 2. h. t. ammettono la continuazione del possesso pel possessore principale; Pomponio ed Africano dall' altra seguono l' opinione opposta.

La sentenza di Africano è espressa con queste parole: « Mortuo colono non statim dicendum, possessionem interpellari, sed tunc demum, quum dominus possessionem adipisci neglexerit. *Aliud existimandum est, si colonus sponte possessione discesserit.* Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possiderit, sed semper in hereditate coloni manserit. » Il *Savigny* nega che vi fosse stato controversia tra i giuristi romani, leggendo diversamente le parole in corsivo; in cambio di *aliud existimandum est*, legge: *idem existimandum est*; ma finchè non sia giustificata la sua lezione diversa, bisogna ritenere quelle parole, e quindi il fatto della controversia, decisa da Giustiniano nella legge 11 nel favore dei primi giuristi, ossia che il possesso non vien perduto (e).

Nel caso che il procuratore avesse trasferito ad altri il possesso, le opinioni dei giuristi di Roma erano concordi, cioè che il possesso andasse perduto (f). In questo punto il *Savigny* fa sorgere una controversia tra i giuristi romani, ed insegna che la legge 12. C. cit. si riferisca con la sua decisione anche a questo caso. Ora la legge 3. §. 9. h. t. non pruova nulla su ciò; in questo passo Paolo dice *constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi deieci fuerimus*; le quali parole non dovrebbero essere interpretate in modo da contenere ogni possibile modo di estinzione del possesso. Il nostro giurista cerca di sciogliere la difficoltà, che contro la sua opinione naturalmente viene dalle parole *alii prodiderit* della legge 12. cit., unendole con le altre: *ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere*; dal che risulterebbe un doloso ed unilaterale abbandono del possesso. Da una parte significando *prodiderit* lo stesso che *tradiderit* sarebbe difficile combinarle con le altre parole *ut locus, etc.* Poi non si potrebbero abbastanza censurare i compilatori, se l' antica opinione dovesse essere totalmente cambiata per mezzo della legge 12. C. cit., di raccogliere nelle Pandette tutti i testi dell' opinione perfettamente oppo-

(e) L. 12. C. de poss. (7. 32.): *Iustinian. Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes, definimus, ut sive servus, sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiusunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur, alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praepiudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae conditionis est, competentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem negligentem vel dolose versatus est.*

(f) 33. §. 4. de usurp. (41. 3.). — *Iulian.* Qui pignori rem dat, usucapit, quandiu res apud creditorem est; si creditor eius alii possessionem tradiderit, interpellabitur usucapio; et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid deposuit, aut commodavit, quos palam est desinere usucapere, si commodata, vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit.

sta, senza neppure uno della opinione che sarebbe poi stata accolta nella decisione giustinianea. È per conseguenza più giusto di ammettere la perdita del possesso anche pel principale possessore (g).

§. 155.

V. Del quasi possesso.

Il possesso, come si vede, è proprio delle cose corporali, nè può esercitarsi sopra i diritti; se ne eccettuino solamente le servitù, per le quali è concessa una specie di possesso, costituito dall'uso e dall'intenzione di esercitare per sè il diritto di servitù; la qual forma di possesso è denominata quasi possesso nel diritto romano.

Gli elementi che costituiscono il quasi possesso sono egualmente due l'esercizio del diritto e l'intenzione, non di avere la cosa per sè, poichè sarebbe questo un possesso perfetto, ma di acquistare il diritto di servitù: *animus quasi possidendi*: da ciò deriva che il quasi possesso non fa nascere il possesso civile *quoad corpus*, ma il possesso giuridico delle servitù (a).

Per l'acquisto valgono i medesimi principii del possesso, con qualche differenza adattata alle diverse specie di servitù.

1) Nelle servitù personali i modi di acquisto sono identici, perocchè essendo per queste servitù necessario la detenzione dell'oggetto, è richiesto per il suo esercizio la detenzione, e l'*animus* di esercitare il diritto di servitù personale (b).

2) Ma nelle servitù reali non è la detenzione che forma il primo elemento del quasi possesso; ma l'uso continuato, unito all'intenzione di avere, e di esercitare il diritto di quella servitù. Ciò si determina meglio secondo il carattere delle differenti servitù, le quali possono esser divise in *servitutes habendi, faciendi, prohibendi*. Nelle prime colui che ha il diritto, tiene sotto la sua dipendenza una parte del fondo servente: onde il quasi possesso comincia con l'avere sotto la propria materiale potestà questa parte del fondo altrui, sia per mezzo di occupazione, sia per tradizio-

(g) *Vangerow*, op. c. §. 209. — *Haimberger*, il diritto rom. priv. e puro §. 192. — *Hufeland*, poss. pag. 163. — *Sinteiis*, diritto civ. p. 463. not. 25. — *Mühlenbruch*, §. 237.

(a) L. 20. de servit. (8. 1.). *Iavol.* Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. — L. 3. §. 17. de (43. 16.). — L. 10. pr. si serv. vind. (8. 3.). *Ulp.* Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendet per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedissee. — L. 2. §. 3. de precar. (43. 26.). — L. 4. §. 27. de usurp. (41. 3.).

(b) L. 3. pr. de usufr. (7. 1.).

ne; nelle seconde colui che ha il diritto, può fare azioni speciali sul fondo vicino; onde il quasi possesso ha principio allora che s'imprende una di queste azioni che caratterizzano la servitù: come attingere l'acqua, passare e simiglianti: nelle ultime finalmente dette servitù negative, il quasi possesso comincia dal divieto fatto al proprietario vicino, p. e. di non elevare l'edificio; ovvero da una dichiarazione dell'altra parte che concede una *quasi possessio*. S'intende da sè che deve sempre congiungersi il proponimento di esercitare quel tale diritto di servitù (c).

Il quasi possesso si perde o con l'intenzione di non possedere (*animus non possidendi*), ovvero per l'impossibilità di esercitare a proprio talento il diritto, ed allora è perduto *quasi corpore*. Quando la servitù dà la detenzione dell'oggetto, il quasi possesso è perduto nella guisa stessa del possesso; nelle altre servitù conforme alla natura di ciascuna.

Onde il quasi possesso delle *servitutes habendi* e *faciendi* si perde allora che riesce impossibile o di tenere quella determinata parte del fondo altrui sotto il proprio potere, o di esercitare quell'azione che costituisce le *servitus faciendi*: e nelle servitù negative si perde poi il quasi possesso, avvenendo un fatto contrario all'intenzione del quasi possessore; quando, v. gr. non ostante il divieto, il proprietario vicino eleva l'edificio (d).

CAPITOLO II.

DELLA PROPRIETÀ.

T. Inst. de rerum divisione (2. 1.). — §. 11-17, D. de acquirendo rer. dominio (41. 1.). — *Gesterding*, esposizione dettagliata del diritto di proprietà e dei diritti affini. Greisswald 1817.

I. Carattere giuridico del diritto di proprietà.

§. 156.

A. Concetto della proprietà; e diritti in essa contenuti.

1) Intendiamo per proprietà (*dominium*) l'illimitato potere che ha la persona sopra una cosa, di modo che questa in tutto le appartiene (a). Nel diritto della proprietà si può distinguere un lato positivo e un altro ne-

(c) L. 20. pr. de serv. praed. urb. (8. 2.). — L. 8. §. 3. si serv. vind. (8. 3.). — L. 7. de itin. actusque priv. (43. 19.). *Cels.* Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturum, inutile est ei interdictum de itinere actusque; nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet.

(d) L. 6. 20. pr. de serv. praed. urb. (8. 2.).

(a) L. 25. pr. de V. S. (30. 16.). *Paul.* Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse,

gativo; il primo è quella facoltà data al subbietto di esercitare sulla cosa la sua potestà illimitatamente, anche distruggendola; l'altro consiste nell'escludere l'azione di qualunque altra persona sulla cosa medesima.

2) Il diritto di proprietà ne comprende in sè molti altri, e specialmente:

a) il diritto di disporre della sostanza dell'oggetto (*ius disponendi*), di trasmutarla, consumarla ed anche distruggerla;

b) il diritto di alienarlo in tutto o in parte (*ius alienandi*);

c) di percepirne i frutti ed ogni specie di utilità (*ius utendi, fruendi*);

d) di possederlo (*ius possidendi*);

e) finalmente il diritto di rivendicarlo da qualunque terzo possessore (*ius vindicandi*), e di respingere qualunque turbativa si faccia alla nostra illimitata potestà (b).

§. 157.

B. Limitazioni del diritto di proprietà.

Per regola generale il proprietario ha il più esteso diritto sulla cosa; ma, come lo scopo delle leggi è di garentire il libero svolgimento della personalità, ne nasce che questa illimitata potestà dev'essere dal diritto tutelata, finchè però non sia di ostacolo agli altri. Per la qual cosa si determinano dalla legge alcune limitazioni al diritto di proprietà, le quali possono consistere tanto nell'impedire al proprietario di fare qualche operazione nel suo fondo, quanto nel soffrire un'azione del vicino che possa dar molestia. La limitazione non può certo consistere nell'obbligare il proprietario a fare alcuna cosa in favore di un altro.

Queste limitazioni possono originarsi tanto immediatamente dalla legge, quanto da private disposizioni (a). In questo luogo ci occuperemo solamente della prima specie.

Quantunque fosse regola generale che il proprietario possa usare del suo diritto anche nocendo altrui (*qui iure suo utitur neminem laedit*) (b); pur tuttavia non deve esercitare i suoi diritti con l'intenzione di

etiam quum usufructus alienus est, quia usufructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse, hoc et Iulianus, et est verius.

(b) L. 23. §. 11. de her. pet. (3. 3.). — Confr. con la L. 1. C. de fundo dot. (8. 23.). — L. 3. §. 2. de usufr. (7. 1.). — L. 24. §. 12. de damn. infecto (39. 2.).

(a) Ved. i capitoli seguenti.

(b) L. 9. de serv. praed. urb. (8. 2.). *Ulp.* Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. — L. 24. §. ult. L. 26. de damn. inf. (39. 2.). — L. 1. §. 12. L. 21. de aqua et aq. pl. (39. 3.).

cagionare agli altri molestia o danno (c): perocchè il vicino è obbligato a soffrire solo ciò che dipende sinceramente dall'esercizio del diritto, come la polvere e il fumo necessari all'uso che si fa della proprietà.

Da questi principii nasce che:

a) Il proprietario deve troncar l'albero che sporge sull'altrui edificio; e se nol faccia, sarà permesso al proprietario di quell'edificio di tagliar l'albero e di servirsi delle legna (d). Similmente quando un albero sporge sull'altrui fondo, il proprietario deve tagliare i rami fino all'altezza di 15 piedi, in caso contrario il proprietario vicino avrà il diritto di tagliarli egli stesso coll'appropriarsi le legna, a quale scopo avvi l'interdetto *de arboribus caedendis* (e).

b) Se i frutti di un albero cadono nel fondo vicino, il proprietario di questo deve permettere che il padrone raccogliesse i suoi frutti *tertio quoque die*; a tutela del qual diritto questi avrà l'interdetto *de glande legenda* (f).

c) Il proprietario deve permettere, che si facessero le escavazioni di pietre e altri minerali sotto il suo fondo, purchè naturalmente non si porti danno alla superficie del fondo medesimo, e che venga pagato un decimo al proprietario ed un altro al fisco (g).

Egli non può imprendere costruzioni tali presso l'area del vicino, che impedissero il corso dell'aria (h).

(c) L. 1. §. 12. L. 2. §. 9. de aq. et aq. pl. (39. 3.). Ulp. Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed tuum agrum meliorem faciendi id fecit.— Nov. 63.

(d) L. 1. §. 6. 9. de arb. caed. (43. 27.). Ulp. Ait Praetor: Si per te stat, quominus eam adimas, quominus illi eam arborem adimere liceat, vim fieri veto. Prius itaque tibi datur adimendi facultas; si tu non facias, tunc vicino prohibet vim fieri adimere volenti.

(e) L. 1. §. 1. 7. 8. eod. Ulp. Deinde ait Praetor: quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendit, si per te stat, quo minus pendes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quominus illi ita coercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. §. 8. Quod ait Praetor, et lex duodecim Tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumdantur; et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. §. 9. Differentia duorum capitum interdictum hoc est; si quidem arbor aedibus impendat, succidi eam praecipitur, si vero agro impendat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri.

(f) T. D. de glande legenda (43. 28.). Ulp. Ait Praetor: glandem quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die elegere, auferre liceat, vim fieri veto. §. 1. Glandis nomine omnes fructus continentur.

(g) L. 3. C. de metallariis (11. 6.). Gratian. Valentinian. et Theodos. Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent, cetero modo suis desideriis vindicando.

(h) L. 14. §. 1. C. de serv. et aqua (3. 34.). Justinian. Quum autem apertissimi iuris est, fructus aridos conculcatione, quae in area fit, suam naturam et utilitatem ostendere, aliquis vicinum suum yetebat, ita aedificium extollere iuxta aream suam, ut ventus excluderetur,

e) Non potrà demolire la casa per venderne i materiali, nè venderla acciocchè poi si demolisca; il che fu statuito perchè le città non sieno deturpate da ruine (i).

f) È proibito di fare piantagioni od opere che cambiassero il corso dell' acqua, e per le quali venisse danno al fondo sottostante. Ed a questo riguardo l'antica legge delle XII tavole vietava al proprietario tutte quelle opere, per cui l' acqua corrente, deviando, allagasse il fondo del vicino. Al danneggiato è data l' *actio aquae pluviae arcendae* (k).

Ma affinchè il proprietario vicino possa produrre quest' azione conviene, che l' acqua sia piovana, ovvero mossa per mezzo della piovana; che il corso dell' acqua sia cambiato per mezzo di una *opus manu factum*; e finalmente che produca, ovvero è fortemente da temere, un danno positivo (l). Alcune volte però l' azione non può essere prodotta: così:

α) quando vi è il permesso del proprietario vicino;

β) quando l' opera fu fatta *colendi causa* (m), o *principis vel Senatus iussu*, o da chi prima costituì il fondo (n);

γ) quando la piantagione vale ad impedire che l' acqua corresse sul proprio fondo;

δ) finalmente per prescrizione di tempo immemorabile, cioè quando l' opera esiste da tanti anni, che nessuno dei viventi ne ricorda l' origine (o) (§. 73.).

Quest' azione non è diretta propriamente contro colui che fece l'ope-

et palaeae ex huiusmodi obstaculo secerneere a frugibus non possent, quasi vento suam vim per omnem locum inferre ex huiusmodi aedificatione vetito, quam secundum sitam regionis, et auxilium venti aream accedit. Sancimus itaque nemini licere sic aedificari vel alio modo versari, ut idoneam ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream, et fructuum inutilitatem faciat.

(i) L. 48. de damn. infecto (39. 2.).

(k) T. D. de aqua et aquae pluv. arc. (39. 3.).

(l) L. 1. §. 2. 13. 15. 16. h. t. Ulp. Neratius scribit: opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur; eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere. §. 13. Item sciendum est hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam, quae natura fluat, opere facto inhibeat per summum agrum decurrere; et inferiori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam finire natura solet. §. 15. In summa puto, ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia, vel quae pluvia crescit, noceat non naturaliter, sed opere facto, nisi si agri colendi causa id factum sit. — L. 2. §. 6. h. t. — L. 23. §. 1. 2. eod.

(m) L. 1. §. 3. h. t. — ved. not. preced.

(n) L. 23. pr. L. 2. §. 3. eod. Paul. Quod principis aut Senatus iussu, aut ab his, qui primi agros constituerunt, opus factum fuerit, in hoc iudicium non venit.

(o) L. 2. pr. §. 3. Paul. Cassius autem scribit, si qua opera aquae mittendae causa publica auctoritate facta sint, in aquae pluviae arcendae actionem non venire, in eademque causa esse ea, quorum memoria vetustas excedit.

ra, ma contro il vero proprietario: se questi fece l'opera, egli stesso è obbligato a toglierla e risarcire l'altro da tutti i danni della *litis contestatio*; se l'opera fu fatta da altri senza la saputa del proprietario, questi sarà tenuto a prestare pazienza, perchè l'attore a sue spese potesse abbatterla (p).

Il proprietario deve permettere che si costruisse una strada sul fondo suo, nel caso che il passaggio per la via ordinaria fosse impedito per innondazioni o per qualunque altra causa (q); e deve permettere il passaggio sul proprio fondo a colui che non si potrebbe recare altrimenti al suo (r).

Egli deve permettere, cadendo cose altrui nel suo fondo, che il padrone vada a raccoglierte: e può avere il diritto di ritenzione solo quando le cose nel cadere, abbiano arrecato danno alla sua proprietà (s).

Non può finalmente imprendere veruna opera presso il fondo altrui, senza servare lo spazio prescritto dalle leggi; nè scavare fosse profonde tanto, che sieno pregiudiziali all' altrui edificio (t).

§. 158.

a) Limitazioni rispetto all' alienazione.

T. Inst. quibus alienare (2. 8.). — C. de rebus alienandis et de prohibita rer. alienatione (4. 31.). — *Sande, de prohibita rer. alienat. Leov. 1657.*

Uno dei più importanti diritti, che spetta al proprietario è il *ius disponendi et alienandi*; ma pure può essergli tolto per tre modi, o direttamente per legge, o per via giudiziale, ovvero per private disposizioni (a).

(p) L. 3. §. 3. L. 4. §. 2. L. 6. §. 6. 7. L. 11. §. 6. L. 12. h. t. *Ulp. Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum; si quid alius, qui ad me non pertinet, sufficere ut patiar, te tollere. Sed si servus meus fecerit, aut is, cui heres sum, hoc fecit, servum quidem noxae dedere debeo; quod autem is, cui heres sum, fecit, perinde est, atque si ipse fecissem. §. 8. Aestimationem autem index faciet ex rei veritate, hoc est eius damni, quod apparuerit datum.*

(q) L. 14. §. 1. quem. serv. amit. (8. 6.). *Javolen. Quum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinis proximis viam praestare debet.*

(r) L. 12. pr. de relig. (11. 7.).

(s) L. 7. §. 1. 2. L. 9. §. 2. de damno infecto (39. 2.).

(t) L. 13. fin. reg. (10. 1.). *Gai. Sciendum est, in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem, dicitur, tulisse; nam illie ita est: Si quis sepem ad alienum praedium fixerit infoderitque, terminum ne excedito; si maceriam, pedem relinquit; si vero domum, pedes duos, si sepulcrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatium relinquit; si puteum, passus latitudinem; at vero oleam aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato, ceteras arbores ad pedes quinque. — L. 9. 11. 12. §. 2. C. de eod. priv. (8. 10.). — L. 24. §. 12. de damno infecto 39. 2.*

(a) 28. de V. S. (30. 16.). — L. 7. C. h. t. *Iustinian. Sancimus, sive lex alienationem*

Diritto romano.

Quando il divieto d'alienare viene direttamente dalla legge, od anche da un decreto giudiziale, ogni alienazione, quand' anche eseguita, è assolutamente nulla; e però non si trasmette ad altrui il diritto di proprietà; e le cose alienate possono essere rivendicate da mano di qualunque terzo possessore; di tal natura è il divieto di alienare una cosa litigiosa (v. l. pag. 395), il peculio avventizio regolare (§. 121), il fondo dotale, i beni del minore (§. 142), e simiglianti (b).

Se al contrario il divieto è per virtù di testamento, l'alienazione fatta sarà di nessun momento, sol quando il testatore proibilla, acciocchè poi la cosa ricadesse in favore di una determinata persona; contenendosi già in questo divieto la costituzione di un fedecommesso, per tal modo esso avrà la stessa efficacia d'una proibizione legale. Se poi il divieto non è fatto per avvantaggiare nessuno, l'alienazione avrà valore, ed il divieto si avrà in conto di un *nudum praeceptum* (c).

Circa alle altre private disposizioni, come un *pactum de non alienanda re*, per regola generale ogni simile convenzione è di nessun effetto (d). In molti casi però il divieto convenzionale può avere validità; così:

a) quando si è aggiunta la stipulazione di una pena, ed in questo caso spetta l'azione personale contro colui che alienava l'oggetto;

b) quando quegli che ha un diritto reale sulla cosa altrui, si fa promettere di non alienare; quando p. e. il creditore pignoratorio fa col suo debitore un tale contratto;

c) finalmente quando il proprietario primitivo nella tradizione dell'oggetto si fa promettere dal compratore di non alienare; in questo caso tuttavia bisogna distinguere se tale contratto comprende una condizione risolutiva, ed allora tutto si rapporta alle regole delle condizioni (§. 52.),

inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum domini alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usufructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit. conf. L. 4. C. de litig. (8. 37).

(b) L. 12. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.

(c) L. 3. §. 2. C. comm. de leg. (6. 43.). L. 114. §. 14. de legat (30.). *Marcian.* Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere. Quodsi liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse.

(d) L. 61. de pactis (2. 14.). — *Pompon.* Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet.

cioè l'alienazione è nulla, ed a colui che avrebbe diritto alla restituzione, compete la *rei vindicatio*; per contrario se tale condizione non vi s'intende, l'alienazione è valida, eccettochè si può avere contro colui che aliena l'azione personale per l'*id quod interest* (e).

ANNOTAZIONE

(f) Quando in forza di una legale proibizione l'alienazione è nulla, non deve intendersi in modo che l'atto giuridico che fece alienare come la vendita, la donazione e simili, fosse sempre di nessuna validità; ma qualora si chiarisca che il successore singolare ignorava quel divieto, l'atto è valido, non perchè si possa richiedere la tradizione dell'oggetto, ma perchè può esser promossa l'azione di risarcimento (f).

È controverso; se colui che alienava l'oggetto, possa rivendicarlo. Molti rispondono di no, perchè nessuno può contraddire al fatto proprio; eccetto solo quando il divieto è stabilito dalla legge in favore di colui che alienava, p. e. del pupillo. Quest'opinione non è vera, ma piuttosto è da ragionare così: l'alienazione è di nessun effetto, e quindi, chi era proprietario, rimane tale anche dopo, e, come proprietario, non gli si può negare il diritto di rivendicare l'oggetto illegalmente alienato; vero è che essendo stato egli stesso il venditore, nel rivendicarlo incontra l'*exceptio rei venditae et traditae*, poichè l'atto di vendita in sè non è nullo. Ma tale eccezione non può produrre certamente conseguenze giuridiche, venendo oppugnata da una *replicatio* fondata sull'illegalità della vendita: « nam etsi tradiderit possessionem, » fuerit autem iusta causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur (g) ». La regola che nessuno può contraddire al fatto proprio non può essere a questo caso applicata: giacchè la vendita ed in generale l'alienazione è considerata come non avvenuta (h).

(e) L. 135. §. 3. de V. O. (45. 1.). — L. 3. C. de cond. ob caus. dot. (4. 6.). — confr. L. 75. de contr. emt. (18. 1.). — L. 21. §. 5. de act. emt. vend. (19. 1.). *Paul.* Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.

(f) L. 4. De cont. emt. (18. 1.). *Pompon.* Et liberi hominis, et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emittitur. — L. 6. pr. L. 34, §. 2. L. 70. 62. §. 1. eod. *Modest.* Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur. — L. 39. §. 3. de evict. (21. 2.). — L. 5. §. 5. de reb. eor. qui sub. tut. (27. 9.). — L. 5. C. de praed. min. (5. 71.). — L. 4. C. de litig. (8. 37.). — Nov. 7. C. 5.

(g) L. 1. §. 5. de except. rei vend. et trad. (21. 3.). — confr. L. 32. §. 2. ad SC. Velleian. (16. 1.). *Pompon.* Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emptor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere, aut si ea venditio contra *Senatusconsultum facta sit*. Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione caret re sua. Idem est, etsi non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit.

(h) *Vangerow*, §. 299.

§. 159.

C. Diverse specie di proprietà.

1) La partizione più importante della proprietà era, nel diritto anteriore a Giustiniano, in proprietà quiritaria e in *bonis*; partizione che oggi ha solo importanza storica, essendo stata tolta nei codici giustinianeî (2).

2) Il diritto di proprietà consistendo nell' illimitato ed esclusivo potere di una persona sopra una cosa, non può nel tempo stesso appartenere a più; onde: *duorum in solidum dominium esse non potest*. Ma a questa massima non osta che un oggetto potesse appartenere in proprietà a molti, purchè ognuno avesse il proprio diritto ristretto sopra una parte ideale (*pars pro indiviso*) dell' oggetto medesimo; questa specie di proprietà è appellata *condominium*, che bisogna distinguere dalla proprietà di molte persone sopra parti materiali e determinate (*partes pro diviso*) (b). Affinchè ciascuno potesse prendere disposizioni sulla sua parte ideale o materiale della cosa comune conviene che concorra la volontà di tutti. Da questa condizione nascono vicendevoli rapporti obbligatorii: così quanto alle disposizioni sulla sostanza, non potendosi prendere senza toccare la parte ideale degli altri, non si possono fare senza il consenso di tutti, di guisa che il dissenso di un solo è più forte della volontà consenziente degli altri (c). Se al contrario una disposizione fosse necessaria per conservare l' oggetto, avendo ognuno il diritto di conservare la sua proprietà, non può essere impedito dagli altri, anzi potrà pretendere la rivaluta delle spese fatte alla cosa comune. Nel caso che si trattasse di restauri necessari ad una casa in condominio, colui che gli eseguiva, avea diritto alle usure centesime durante quattro mesi, dopo dei quali poteva avere la proprietà della porzione del condomino contumace (d). Dall'altra parte ognuno

(a) Vedi Appendice IX. alla fine del presente capitolo.

(b) L. 5. §. 43. *comm. div.* (13. 6.). — L. 5. *de stip. serv.* (43. 3.). — L. 28. §. 1. *de V. S.* (30. 16.). *Paul.* Quintus Nueius ait, partis appellatione partes pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius, non inelegerit partis appellatione utrumque significari.

(c) L. 11. *si serv. vind.* (8. 5.). — L. 8. 27. §. 1. *de serv. praed. cor.* (8. 2.). — L. 28. *comm. div.* (10. 3.). *Papin.* Sabinius, in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; in re enim pari potiorum causam esse prohibentis constat.

(d) L. 4. §. 3. *comm. div.* (10. 3.). — L. 32. §. 10. *pro socio* (17. 2.). — L. 4. C. *de aedif.* (8. 10.). *Philip.* Si, ut proponis, socius aedificii ad refectionem eius sumtus conferre decretat, non necessario extra ordinem tibi subveniri desideras. Etenim si solus aedificaveris, nec intra quatuor mensium tempora eum centesimis nummus pro portione socii erogatus restitutus fuerit, vel, quominus id fieret, per socium stetisse constiterit, ius domini pro solido vindicare vel obtinere, iusta placitum antiquitas poteris.

dei condomini può in rapporto alla sua porzione prendere quelle disposizioni senza l'intervento degli altri, che non influiscano punto sulla cosa comune, come in rapporto ai frutti, alla rivendicazione ecc.; e se uno dei proprietari alieni l'oggetto, l'alienazione sarà valida riguardo alla sua porzione (e).

3) La proprietà dicesi revocabile ed irrevocabile. È revocabile quando, senza bisogno della volontà del proprietario presente, ritorna per un qualunque avvenimento al primitivo: o quando sia per contratto sia per volontà di testatore può passare ad un terzo: qualora poi si richiede la volontà del proprietario, perchè il dominio trapassi ad altri, è detta irrevocabile. Inoltre quanto agli effetti, la proprietà è di due maniere revocabile: o si suppone, dopo la revocazione, come se quegli dalle cui mani fu revocata, non fosse mai stato proprietario: o per converso, la revocazione è tale che non annulla il precedente dominio: *dominium revocabile ex tunc* è il primo, *revocabile ex nunc* il secondo. Le differenze di queste due maniere di revocabilità sono rilevanti: nella prima venuto il punto della revocazione, la cosa si può rivendicare a qualunque possessore, e cadono tutte le disposizioni prese dal proprietario intermedio; ma nella seconda, da quel punto nasce solo un'azione personale, e restano fermi gli atti del precedente proprietario (f).

4) La proprietà è distinta finalmente in *dominium plenum*, quando niuno per qualsivoglia diritto reale usa della cosa nostra; nell'altro caso il *dominium* è *minus plenum*. Quando poi al proprietario in tutto o in parte è tolto il diritto di disporre, il *dominium* dicesi *limitatum*; altrimenti è *illimitatum*.

ANNOTAZIONE

Oltre di queste distinzioni si poneva dai Glossatori una proprietà diretta, ed una utile; utile era quella che a sua tutela avea solo un' *utilis actio*. Seguitavano ancora a suddividere due forme di proprietà utile, l'una che comprendeva una proprietà perfetta, la quale si differenziava dalla diretta solo per la forma dell'azione; tale era p. e. quella acquistata per prescrizione, per *bonorum possessionem*, per *immissionem ex secundo decreto*; l'altra ch'era la proprietà *minus plena*, se-

(e) L. 68. pro socio (17. 2.). *Gai.* Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.—L. 13. C. comm. div. (3. 37.). — L. 1. C. de commun. rer. alienat. (4. 32.).

(f) L. 4. §. 3. de in diem add. (18. 2.). — L. 3. quib. mod. pign. (20. 6.). *Ulp.* Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

condo essi, dell'enfiteuta, e del superficario, poichè anche a questi si accordava un' *utilis rei vindicatio* (g).

Più tardi si fece uso ancora del nome adoperato dai Glossatori, ma si dette al dominio utile un altro significato. Avendo accettata la divisione de' diritti contenuti nella proprietà, in diritti appartenenti alla proprietà e diritti di uso, quale il *ius utendi fruendi*; fu detto dominio utile quello che conteneva alcuni dei diritti di proprietà, come il *ius disponendi* il *vindicandi*, e tutti quelli di uso; e dominio diretto quello che avesse tutti i diritti di proprietà; onde, dimenticata la distinzione dei Glossatori, si chiamò utile il dominio dell'enfiteuta e del superficario. L'opinione di attribuire all'enfiteuta ed al superficario un dominio procedeva dalla seguente idea: il carattere specifico della proprietà consiste in alcuni diritti essenziali così detti diritti di proprietà contrapposti al *ius utendi fruendi*; ora quando vi sono istituzioni giuridiche nelle quali si contengono alcuni di questi diritti essenziali, devonsi accettare la proprietà utile: tale è la enfiteusi e la superficie. Prima di tutto la divisione in diritti essenziali e di utilità nella proprietà non ha oggi nessuna importanza; dall'altra parte è vero che l'enfiteuta ha tali diritti sulla cosa altrui da rassomigliare quasi al proprietario, ma non ha tutti i diritti che corrispondono al vero concetto della proprietà; gli manca specialmente quella illimitata potestà sopra tutto l'oggetto che costituisce veramente il carattere fondamentale del diritto di proprietà; nè mai potrebbe avere l'insieme dei diritti mentre rimane enfiteuta, e, se giunge ad averli, si distrugge l'enfiteusi e si ha la proprietà; egli, come il superficario, ha solamente un *ius in re aliena*, e solamente al *dominus loci* o al *dominus superfici* ci si potrà debitamente attribuire il diritto di proprietà. Questa distinzione della proprietà in dominio diretto ed utile non avrebbe certamente occupato molti giuristi, se si fosse trattato di una nomenclatura: ma ha per contrario conseguenze importanti. Ammettendo per l'enfiteuta ed il superficario un dominio utile, dobbiamo loro dare un diritto sul tesoro, sull'*insula nata* ecc.; quando all'opposto terremmo altro discorso se per essi ammettiamo un semplice *ius in re aliena*.

II. Dell'acquisto della proprietà.

§. 160.

Dell'acquisto in generale.

T. Inst. de rerum divisione, et acquirendo ipsarum dominio (2. 1.). — D. de acquir. rer. dominio (41. 1.). — Gai. Inst. II. §. 1-97. — Ulp. tit. XIX. — Baenel, de acquir. rer. dom. dissert. iur. civ. Lips. 1817.

1) Per l'acquisto del diritto di proprietà si richiedono quei generali requisiti che per l'acquisto di ogni altro diritto; i quali sono la capacità del subbietto, ed un obbietto idoneo ad essere acquistato. Quanto alla capa-

(g) Ved. *Glossa* ad L. 1. de bon. poss. (42. 3.). — L. 15. §. 16. de damn. infect. (39. 2.). — L. 1. 4. ager. vectig. (6. 3.). — L. 2. in f. de superf. (43. 18.). — L. 3. de usurp. et usuc. (41. 3.). — L. 1. C. de thes. (10. 15.). — *Alciati* comm. ad tit. de acqu. vel am. poss. ad Leg. 17.

cità subbiettiva ogni persona è capace di essere subbietto di proprietà senza distinzione; anche i figli di famiglia che nell'antico diritto erano incapaci di acquistare per sè, ne sono addivenuti capaci per diritto nuovo.

Quanto al secondo requisito tutte le cose in commercio sono capaci di essere obbietto della proprietà. Terzo requisito è un modo di acquisto; un' antica teoria stabiliva nella causa di acquisto due condizioni; ed il titolo ed il *modus acquirendi*; il titolo dovea dare solamente il *ius ad rem*, ed il *modus acquirendi* il *ius in re*; quando queste due condizioni si univano si acquistava la proprietà; questa teoria è rifiutata, perchè non in tutti i modi di acquisto convengono entrambe le condizioni, ma solamente nella tradizione e nella usucapione.

2) I Romani distinguevano l'acquisto per diritto civile, come la *iure cessio* la *mancipatio* e l'*usucapio*, e l'acquisto *iuris gentium*, come la *traditio* l'*occupatio* e l'accessione. Nel diritto giustiniano i primi due modi furono aboliti (a).

3) I modi di acquisto possono essere ordinati così: modi che generano un acquisto originario, come l'occupazione, l'accessione, la specificazione e l'usucapione; e modi che generano un acquisto derivato, come la tradizione.

4) Questi modi non sono i soli, ma molti altri ve ne sono, i quali non possono comprendersi nella teoria della proprietà: sono di questa natura l'acquisto che il condomino fa, in certe condizioni, della parte dell'altro condomino contumace (§. 160): tutti i casi del dominio revocabile *ex nunc* o *ex tunc*, l'acquisto per *decretum D. Marcii* a cagione della violenza usata dal vero proprietario (§. 77): l'acquisto per aggiudicazione ed altrettali.

A. Acquisto originario.

§. 161.

1) Della occupazione.

L'occupazione è l'impossessamento di una *res nullius* col proponimento di appropriarsela. È perciò strettamente richiesto che l'oggetto sia libero, cioè, che non sia stato mai in proprietà di alcuno, ovvero che sia stato abbandonato, o che dalla legge sia considerato come *res nullius* (a).

(a) Ved. Appendice IX.

(a) §. 12-18. 48. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 3, pr. de acq. rer. dom. (41. 1.): *Gai. Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. §. 1. Nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui alienum fundum ingreditur venandi occupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi, ne ingrederetur.*

Secondariamente è richiesto un fatto esterno che determini il possesso, e da ultimo la volontà di acquistare l'oggetto.

1) Una specie di occupazione viene dalla caccia (*venatio*), sia che si eserciti nel fondo proprio, sia nell'altrui; il proprietario di questo potrà bensì impedire al cacciatore l'entrata del proprio fondo, potrà ancora muovergli contro un'azione d'ingiuria; ma il possesso e l'acquisto della caccia resta sempre in colui che l'ha fatta (b).

2) La caccia può farsi sugli animali selvatici che non sono in proprietà di nessuno; perciò i mansuefatti, che hanno l'abitudine di ritornare, non possono esser cacciati (c). E similmente sarebbe un furto la caccia degli animali chiusi in un parco.

3) Il segno dell'occupazione sta nel prendimento: quindi, benchè l'animale nella caccia fosse stato mortalmente ferito, non è da noi acquistato fino a che non l'abbiamo sotto la nostra potestà: così ancora se l'animale da noi preso sfugge dalla nostra custodia, si è involato dalla nostra vista, o riesce impossibile inseguirlo; per acquistarlo vi è bisogno di una seconda occupazione (d).

Le stesse regole della caccia stanno per la pesca e l'uccellazione (e).

II. L'occupazione delle cose inanimate è detta *inventio*; per essa si occupano le cose che o non furono mai nella proprietà altrui, o furono abbandonate, o sulle quali chi aveva il diritto di disporre, rinunciò alla proprietà senza trasferirla ad altri (f). Se al contrario il proprietario ne perdè il possesso senza sua volontà, o lo lasciò costretto, e senza rinunciare alla proprietà della cosa, non può farsi luogo all'occupazione; onde non si possono legittimamente occupare le cose smarrite, o gittate a mare per sicurezza della nave (g).

(b) L. 3. §. 1. ved. not. prec. L. 5. §. 2. 3. 4. de acq. rer. dom. (41. 1.).

(c) L. 3. §. 14. 15. de acq. poss. (41. 2.). *Paul.* Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetae faetae custodiae nostrae subiectae sunt. — L. 5. §. 4. 5. h. t.

(d) L. 3. §. 2. L. 5. pr. de acq. rer. dom. (41. 1.). *Gai.* Quidquid autem eorum coeperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur; quom vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se decesserit, nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit. — L. 3. §. 14. 15. de acquir. vel am. poss. (41. 2.).

(e) §. 12. Inst. h. t. (2. 1.). *Ferae* igitur bestiae, et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae terra, mari, coelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt; quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur.

(f) §. 18. 47. Inst. h. t. (21. 1.). Item lapilli et gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, iure naturali statim inventoris fiunt. §. 47. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam, occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente obiecerit, ut id rerum suarum esse nolle; ideoque statim dominus esse desinit. — L. 2. pr. pro derelicto (41. 7.). — L. 17. §. 1. de acqu. poss. (41. 2.). — L. 3. de div. rer. (1. 8.).

(g) L. 43. §. 4. de furtis (47. 2.). — §. 48. Inst. h. t. (2. 1.). — L. 9. §. 8. h. t. (41. 1.).

III. Terza specie di occupazione è la preda di guerra; i prigionieri, stabilivano le leggi di Roma, sono schiavi, e le cose prese al nemico *res nullius*; cosicchè non appena predate si acquistano per occupazione (h). I Romani ancora perdono la proprietà delle loro cose per l'occupazione che ne faccia il nemico; ma se le cose stesse sono poscia riprese in guerra da un altro Romano, il primo proprietario, in virtù del *ius postliminii* ammesso anche per le cose, potrà rivendicarle; così se i nemici vengono scacciati dagli stabili, questi ritornano al primo proprietario, e così dei cavalli e delle navi da trasporto (i).

§. 162.

a) Del tesoro in particolare.

T. C. de thesauris (10. 15.). — *Ortboff*, comment. iur. rom. de thesauro, Erlang. 1818.

Hanno nome di tesoro gli oggetti mobili da lungo tempo nascosti, dei quali non si può più conoscere il proprietario, sia che trovinsi nascosti in un altro mobile, sia in uno stabile. La proprietà del tesoro è acquistata da chi primo l'occupa (a). Se vien trovato nel fondo proprio, appartiene intiero a chi lo trova, eccetto quando questi adoperò arti illecite; poichè allora cade al fisco; qualora poi il tesoro sia trovato in un fondo religioso, bisogna dire secondo il passo delle Pandette, che al fisco ne spetti la metà (b).

Gai. Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur; hae enim dominorum permanent, quia non eo animo eiciuntur, quod quis eas habere non vult; sed quod magis cum ipsa nave periculum maris effugiat; qua de causa si quis fluctibus expulsum vel etiam in ipso mari nactus lucrando animo abstulerit, furtum committit.

(h) L. 3. §. 7. L. 31. §. 1. h. t. (41. 1.). — §. 17. Inst. h. t. (2. 1.). Item ea, quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt, adeo quidem, ut et liberi homines in servitutum nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

(i) L. 2. §. 1. L. 20. §. 1. L. 19. pr. de captiv. (49. 13.). *Pomp.* Verum est expulsis hostibus ex agris, quos ceperint, dominia eorum ad priores dominos redire, nec autem publicari, aut praedae loco cedere; publicatur enim ille ager, qui ex hostibus captus sit.

(a) L. 31. §. 1. de acqu. rer. dom. (41. 1.): *Paul.* Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non erat memoria, ut iam dominum non habeat, sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit; alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus; cuius etiam furtum fit.

(b) §. 39. Inst. (2. 1.). Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem secutus aequitatem, ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit: et convenienter si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit: cui convenienter

Se è trovato nel fondo altrui o pubblico, bisogna distinguere se fu scoperto per caso fortuito, o cercato appositamente; nel primo caso spetta metà a colui il quale lo rinveniva e metà al proprietario, al fisco o alla città se il fondo era pubblico, *iure accessionis*: nel secondo caso il tesoro apparterà per intero al proprietario del fondo (c).

§. 163.

b) Della specificazione, confusione e commistione.

Koch. de iure eius, qui speciem ex al. mat. fecit. Marb. 1829.—*Meykove*, la teoria del diritto Romano dell'acquisto della proprietà per specificazione.

Chiamasi specificazione l'opera di colui che da una materia in parte o in tutto appartenente ad altri forma un novello oggetto.

1) Essa è un altro modo di acquisto; giacchè la specie essendo affatto nuova, nè, come tale, essendo stata in proprietà di altri, colui che l'ha lavorata, l'acquista per occupazione. Conviene dunque che la cosa non possa più ritornare nella forma primitiva: poichè altrimenti l'antico oggetto non sarebbe distrutto, e però, non essendo mai uscito di proprietà, s'apparerebbe sempre ed in qualunque modo al suo antico padrone (a).

2) La stessa regola si osserva, quando colui che produsse il nuovo oggetto avesse adoperata materia in parte propria in parte altrui. Egli acquista tutta intera la proprietà per specificazione, quantunque fosse in mala fede sulla parte appartenente ad un altro; la sola differenza che produce la buona e mala fede è in rapporto al rifacimento del danno: chè lo specificante di mala fede è obbligato a rifare ogni danno, quello di buona fede sarà obbligato a risarcire il proprietario della materia solamente

est, ut si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis. — L. un. C. de thesauris (10. 18.).

(c) L. 3. §. 10. (41. 1.): *Callist.* Si in locis fiscalibus vel publicis religiosive aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur. — §. 39. de div. rer. (2. 1.). — ved. not. prec. — L. un. C. h. t. (10. 13.). — L. 67. de rei vind. (6. 1.). — L. 63. pr. de acqu. rer. dom. (41. 1.).

(a) L. 7. §. 7. de acq. rer. dom. (41. 1.). — §. 25. Inst. de rer. div. Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit? . . . Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. . . Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, quum non solum operam suam dedit, sed et partem eius materiae praestavit.

in quanto si accrebbe la proprietà per la specificazione: *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore* (b).

II. Avviene la *confusio* quando più masse liquide appartenenti a diversi proprietari si mescolano insieme così da non potersi più discernere.

L'acquisto per confusione è regolato così:

1) Se la confusione avviene col consenso di tutti i proprietari, nasce fra loro un condominio (c).

2) Se la confusione è di tale natura che sia possibile una separazione, ognuno dei proprietari può rivendicare la sua parte (d).

3) Nel caso che più materie liquide di diversa natura si confondono senza reciproco consenso dei proprietari pel fatto di uno che ne forma una specie nuova, ha luogo una specificazione, e il produttore ne acquisterà la proprietà secondo le regole della specificazione, ed in questo caso la confusione è un mezzo pure di acquistare la proprietà. Ma quando più masse liquide della medesima o diversa natura appartenenti a diversi proprietari si confondano per caso o per fatto degli altri, in modo che non possono essere separate, nasce anche una comproprietà per tutti in proporzione della parte di ciascuno (e).

III. Se poi le cose sono solide la loro confusione è detta *commixtio*.

1) Quando questa confusione avviene per volontà dei proprietari, allora si acquista una nuova proprietà, non per commistione, sibbene per tradizione; in caso che avviene per volontà di uno senza il consenso degli altri non nasce comproprietà, ma le cose si possono rivendicare da ciascuno (f).

(b) L. 206. de R. I. (30. 17.).

(c) §. 27 Inst. de rer. div. Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confunderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et si diversae materiae sint, et ex iis propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem iuris est; nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae, vel quae eiusdem generis sunt, idem iuris esse placuit.

(d) L. 12. §. 1. de acq. rer. domin. (41. 1.). — L. 3. §. 1. de rei vind. (6. 1.). — Ulp. . . Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia diduci possit, nec communicabitur, nec communi dividendo agetur, quia separari potest, agetur autem in rem actio.

(e) L. 3. §. 2. de rei vind. (6. 1.). Ulp. Pomponius scribit, si quid, quod eiusdem naturae est, ita confusum est atque commistum, ut diduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum; ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est, erit nobis commune, et unus quisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet. — L. 7. §. 8. 9. de acq. rer. dom. (41. 1.).

(f) L. 3. de R. V. (6. 1.). — ved. not. (d). — §. 28. Inst. de r. div. (2. 1.): Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quae cuiusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non

2) Solamente quando il danaro altrui si è commisto totalmente col nostro, in modo che più non si possa distinguere, si acquista la proprietà del danaro, e la commistione si rappresenta come modo speciale di acquisto.

ANNOTAZIONE

Circa la specificazione tre opinioni seguivano gli antichi giuristi di Roma. I Proculiani ammettevano un acquisto di proprietà per occupazione, affermando che pel cambiamento della forma l'antico oggetto del tutto si distruggeva, nascondone un altro affatto nuovo; i Sabiniani per contrario sostenevano un acquisto per accessione a favore del proprietario della materia, giudicando la nuova forma come un accessorio aggiunto alla materia. Tra queste due opinioni eravi una media, la quale proponeva di esaminare se la materia lavorata potesse novellamente ripigliare l'antica forma; e solo quando non poteva, approvava l'acquisto di proprietà per specificazione (g).

Questa disparità non ha oramai molta importanza, essendo che l'ultima opinione fu sancita da Giustiniano. Oggi è controverso il caso, quando colui, che fa il nuovo lavoro, adopra materia in parte propria in parte altrui. Molti giuristi ammettono l'acquisto in favore dello specificante senza por mente se la materia potesse o no ripigliare l'antica forma, argomentando dalle ultime parole del §. 25 delle Instituta, con le quali Giustiniano senza distinzione gli assegna la proprietà (h). Questo principio è non solo contrario ad alcune disposizioni di legge abbastanza chiare, ma contraddice alla natura del diritto. E di vero il concetto sostanziale della specificazione è che l'oggetto altrui sia così trasformato, che esso più non esista; onde la proprietà del primo padrone manca per la perdita dell'oggetto; ma parlare di specificazione, quando la cosa può riprendere la forma primitiva, ed è possibile per qualunque mezzo la separazione della materia, sarebbe un togliere la proprietà all'altro proprietario affatto senza causa. Nè fanno molto peso le ultime parole di Giustiniano nel §. 25; imperocchè in tutti i casi addotti la materia non potrebbe ritornare nell'antica sua forma. Il che si vede pure dalle leggi 5. §. 1. de R. V, (6. 1.), L. 12. §. 1. de acquir. rer. dom. (41. 1.) (i). È ancora controverso se sia necessaria al produttore la buona fede, affinchè possa acquistare la proprietà dell'oggetto lavorato. La comune opinione fino agli ultimi tempi stabiliva come requisito essenziale dell'acquisto la buona

videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant; nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab altero vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumento cuiusque competit, arbitrio autem iudicii continetur, ut ipse aestimet quale cuiusque frumentum fuerit. — V. L. 78. salut. (46. 3.).

(g) Ved. L. 7. §. 7. L. 12. §. 1. L. 24. de acquir. rer. dom. (41. 1.). — L. 5. §. 1. de R. V. (6. 1.). — Ved. not. (a) (d).

(h) V. Haenel, o. c. §. 22. — Bacov, ad §. 25. — Mühlenbruch, §. 248. — Thibaut, §. 743. — Wening, §. 129.

(i) Glos. ad §. 25. — Inst. Holot. e l'inn. ad §. 25. — Puchta, §. 136. N. 6. — Arndts. §. 135. ann. 3.

fede del produttore, nè manca chi oggi sostenga questa medesima opinione (k); ma generalmente si tiene che la mala fede non nuoce a siffatto acquisto di proprietà (l).

L'argomento che si adduce contro è, che si dà la *condictio furtiva* al *dominus materiae* contro il produttore di mala fede (m). Quest'argomento è di picciolo peso; imperocchè in quanto alla *condictio furtiva*, in un altro passo Ulpiano ci addita fino a qual punto essa può spettare al *dominus rei*: *donec*, dice, *DOMINI FACTO dominium eius rei ab eo recedat* (n). Un altro argomento di importanza maggiore è, che al *dominus materiae* è concessa l'*actio ad exhibendum*. Paolo ne apporta questa ragione (leg. 12. §. 3. ad exhib. (10. 4.)): *Quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est*. Queste parole citate invalidano l'argomento: imperocchè o in questa legge si riproduce la dottrina dei Sabiniani, ed appunto perciò bisogna rigettarla: ovvero non devesi intendere che parli di diritto di proprietà; il testo vorrebbe solamente dire, che su quella cosa si ha, non propriamente un diritto di proprietà, ma in generale un diritto sostenuto da un'azione. Questa ultima interpretazione è tanto più fondata, in quanto che Paolo non segue la teoria de' Sabiniani, ma è di coloro che accettano una via di conciliazione.

§. 164.

2.) Dell'acquisto della proprietà per accessione.

Van Winkeloort Crommelin, de iura accessionis sec. principia iuris Romani et hodierni, Lugd. Bat. 1822. P. I. p. 1-73.

Quando una cosa si congiunge ad un'altra in modo che non possa più separarsene, essendone divenuta parte integrante, la cosa aggiunta cessa di esistere di per sè, il proprietario ne perde la proprietà, che sarà acquistata da quello della cosa principale. Questo acquisto è detto per accessione (a): e chi acquista così, s'investe di tutti i diritti di proprietà, e l'altro perde ogni diritto reale; cosicchè gli conviene per altra via provvedere alla diminuzione del suo patrimonio. A questo proposito bisogna notare se colui che soffre il danno è o no il possessore della cosa principale: in caso che sia possessore, potrà opporre l'*exceptio doli* alla riven-

(k) Sell. saggi I. p. 194. — v. anche Haenel, §. 23. — Unterholzner, prescrip. I §. 70.

(l) Mühlenbruch, §. 248. — Thibaut, §. 743. Meykow, 167. — Schweppe, comp. §. 241. — Puchta, corso delle Istit. §. 242. — Arndts, §. 155. annot. 1. ecc.

(m) L. 13. 14. §. 3. de cond. furt. (13. 1.). — L. 4. §. 20. de usurp. (41. 3.). — L. 52. §. 14. de fortis. (47. 2.).

(n) L. 10. §. 2. de cond. furt. (13. 1.).

(a) L. 26. §. 2. de acquir. rer. dom. (41. 1.). — L. 23. §. 2. de R. V. (6. 1.). *Paul. Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuæ suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici, vereque statuum suam dictum et scyphum, plerique recte dicunt.* — §. 26. Inst. de rer. divis. (2. 1.).

dicazione del proprietario, se la congiunzione fu prodotta da costui, se prima questi non gli rilascia il danno: se poi autore dell'accessione fu colui che ne soffre il danno, si applicheranno a suo riguardo le regole sulle spese. In caso che colui che ha il danno per il fatto dell'accessione non sia possessore dell'oggetto, e la unione avvenne per opera del proprietario o anche per opera sua in buona fede, gli si darà un' *actio in factum*, e secondo le circostanze l'*actio ad exhibendum*; al proprietario di buona fede compete l'elezione di risarcire il danno o cedere la cosa, facendosi pagare il prezzo della sua proprietà (b).

Nel fatto dell'accessione possono darsi tre combinazioni: si possono unire immobili con immobili, mobili con immobili, e finalmente mobili con mobili.

1. Le specie della prima combinazione sono: l'*alluvio*, l'*avulsio*, l'*alveus relictus*, e l'*insula nata*.

1) L'accessione di quella terra che a mano a mano ed insensibilmente è deposta sul fondo altrui per forza dell'acqua corrente, dicesi *alluvio* (c).

2) Se l'impeto del torrente stacca per intera un pezzo di territorio, e l'aggiunge al fondo altrui, questa forma di accessione è chiamata *avulsio*. Il proprietario, al cui fondo si aggiunge il pezzo di terra, non ne acquista la proprietà, prima che esso non s'immedesimi col suo fondo, e le piante non vi mettano radici (d).

3) Il fiume appartiene alle cose pubbliche, finchè l'acqua vi corre: ma se essa per una qualunque cagione abbandona quel letto, questo rimasto al secco rientra nel commercio privato; ed è diviso tra i proprietari confinanti. Per fare la partizione si mena una linea pel mezzo dell'alveo, e ciascuna metà sarà data al prossimo confinante. Se avviene che l'acqua riprenda l'antico corso, il letto tornerà cosa pubblica; nè il secon-

(b) L. 23. §. 4. 5. de R. V. (6. 1.). *Paul.* In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quod accesserit, dare. §. 5. Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea, quandiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur, scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. . . . Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.

(c) L. 7. §. 1. 2. de acqu. rer. dom. (41. 1.). *Gai.* Praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adiecit, iure gentium nobis acquiritur: per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adiecit, ut intelligere non possimus, quantum quoque momento temporis adieciatur. §. 2. Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et meo praedio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo meo haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse. — Conf. L. 12. pr. h. t.

(d) Ved. not. prec. — L. 9. §. 2. de damn. inf. (39. 2.).

do letto così abbandonato ricade all'antico proprietario, ma sarà similmente spartito tra i confinanti (e).

4) Ancora le stesse regole valgono quando il letto del fiume, uscendo fuori la superficie delle acque, fa nascere un'isola; ma non sono isole nate, nè però sono soggette a queste leggi quei pezzi di terra trasportati dalla corrente del fiume, e chiamati giustamente isole galleggianti; giacchè sono considerate come *res nullius*, e s'appartengono al primo occupante (f).

5) Similmente quando si fabbrica sul suolo altrui, l'edificio apparterrà al proprietario del suolo per diritto di accessione. Le relazioni che possono sorgere tra il proprietario del suolo e chi edificò saranno regolate dai principii esposti innanzi (g).

II. Sono specie della seconda combinazione la *plantatio* e la *satio*.

1) Quando un albero vien piantato nel fondo altrui, il proprietario di questo lo acquisterà per accessione, non appena l'albero gittò le radici (h).

(e) §. 23. *Inst. de rer. div.*—L. 7. §. 5. 6. *eod. Idem.* Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alvens eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit; novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium. Quodsi post aliquot temporis ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident. Cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quidquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager, qui fuerat, desit esse, amissa propria forma, et quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere; sed vix est, ut id obtineat. §. 6. Aliud sane est, si cuius ager totus inundatus fuerit, namque inundatio speciem fundi non mutat, et ob id, quum recesserit aqua, palam est eiusdem esse, cuius et fuit.—Ved. L. 38. *eod.* — L. 30. §. 1, de *acquir. rer. dom.* (41. 1.). — L. 1. §. 7. de *flum.* (43. 12.).

(f) L. 7. §. 3. 4. de *acq. rer. dom.* (41. 1.). — §. 22. de *rer. div.* (2. 1.). Inaqua, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit, nullius enim esse creditur. At in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit; quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Quodsi aliqua parte divisum flumen, deinde infra unitum agrum alicuius in formam lusulae redegerit, eiusdem permaneat is ager, cuius et fuit.

(g) §. 30. *Inst. de rer. div.* (2. 1.): Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius alienata intelligitur; utique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si, in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonae fidei possessor fuit, qui aedificavit: nam scienti, alienum solum esse, potest oblici culpa, quod temere aedificaverit in eo solo, quod intelligeret alienum esse.

(h) §. 31. *Inst. eod.* Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit; et ex diverso

2) Similmente quando si è seminato nell'altrui fondo, si perde la proprietà della semenza, che viene acquistata dal proprietario del fondo per accessione, non appena che essa si è attaccata al terreno (i).

III. Finalmente appartengono alla terza combinazione: la *scriptura*, la *pittura*, la *partus ancillae* e l'*adiunctio*.

1) Per la pittura e la scrittura era regola per taluno che la tavola e la carta fossero le parti principali, e quelle le accessorie; per conseguenza il proprietario della tavola e della carta acquistava anche la proprietà del dipinto e dello scritto; ma Giustiniano decise il contrario per la sola pittura. Il proprietario del dipinto acquista la proprietà della tavola e della carta, ma deve rifar l'altro della proprietà perduta: altrimenti si darà a quest'ultimo un'azione utile per rivendicare la tavola, pagando al primo la sua opera (j).

2) L'*adiunctio* è l'unione di una cosa ad un'altra in modo che se ne forma una sola, ma così che coesistano entrambe. Le specie di questa *adiunctio* sono l'*adferruminatio*, ossia la unione de' metalli di eguale natura, l'*adplumbatura* la unione di metalli di diversa specie, la *inclusio* ecc. In questa ultima specie di accessione al proprietario della cosa accessoria

si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit; antequam enim radices egerit, eius permanet, cuius fuerat. Adeo autem, ex quo radices egit planta, proprietates eius commutatur, ut, si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in eius fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus; ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cuius in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.—L. 7. §. 13. L. 26. §. 2. de acq. rer. dom. (41. 1.). — L. 2. 11. C. de rei vind. (3. 32.).

(i) L. 9. pr. de acq. rer. dom. (41. 1.). — §. 32. Inst. eod. Qua ratione autem plantae, quae terrae coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. Ceterum sicut is, qui in alieno solo aedificaverit, si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali secundum ea, quae diximus, ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

(j) §. 33. eod. Literae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quae inaedificantur aut inseruntur: ideoque si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide earum chartarum membranarumve possessionem nactus est. §. 34. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere, aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam, Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si a domino tabulae imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli; utique si bona fide possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is, qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.—L. 9. §. 1. 2. de acq. r. dom. (41. 1.). — L. 23. §. 3. de rei vind. (6. 1.).

è data un' *actio ad exhibendum* per far separare l'una cosa dall'altra, e dopo la separazione potrà rivendicare l'oggetto suo (k).

3) Finalmente il parto di una schiava è considerato come accessione e non come frutto; questo principio è importante nell'usufrutto, imperocchè l'usufruttuario non acquisterà mai la proprietà pei figliuoli della schiava.

ANNOTAZIONE

Il principio generale, che trapiantato l'albero è acquistato appena avrà gittato le radici, offre qualche difficoltà per alcune leggi, che molti giuristi credono in contraddizione; e se dalla legge 7. §. 13. *de acq. rer. dom.* (41. 1.). (§. 31. *Inst. de rer. div.* (2. 1).) sembra che per decidere della proprietà tutto dipenda dal sapere il luogo dove l'albero gittò le radici; dalla L. 6. §. 2. *arb. furt. caes.* (47. 7.) al contrario sembra che tutto stia nel sapere in qual luogo ebbe origine la pianta. A nostro avviso non pare che tra i due passi vi fosse contraddizione; imperocchè è chiaro che, se un albero nasce nel mio fondo, la proprietà me ne appartiene, e mi resta, anche se l'albero sporga le radici nel fondo del mio vicino; questi ha bensì facoltà di muovere un'azione negatoria, non mai avrà il diritto di proprietà. E questo dice la legge 6 citata. Se poi la pianta è trapiantata nel mio fondo, allora io non acquisterò il diritto di proprietà prima che non mettesse radici; e bisogna dire che quando attiro a poco a poco l'albero del vicino nel mio fondo, la proprietà allora è acquistata, quando la pianta ha gettato le sue radici e s'alimenta solo nel mio terreno (L. 7. §. 13.) (l).

§. 165.

3) Dell' acquisto della proprietà sui frutti.

Al proprietario come tale spetta il diritto ai frutti della sua cosa fruttifera, per diritto di accessione mentre sono pendenti, e, separati, sono per lui un nuovo oggetto di proprietà.

Oltre al proprietario un terzo ancora può acquistare un diritto di proprietà sui frutti della cosa altrui, ma solo quando ne sono staccati o per mezzo di separazione o di percezione; e formano perciò altri modi di acquisto.

1) Acquistano questa proprietà per separazione:

a) l'enfiteuta, avendo egli la maggior parte dei diritti del vero proprietario; ed ancora, per assimilazione, il creditore pignoratario anticretico (a);

(k) L. 23. §. 5. *de rei vind.* (6. 1.). — Ved. not. (d). — L. 6. 7. §. 1. 2. *ad exhib.* (10. 4.).

(l) Ved. *Vangerow*, o. c. §. 324.

(a) L. 23. §. 1. *de usuris* (22. 1.).

b) il possessore di buona fede (b);

2) Gli altri possono acquistare i frutti della cosa altrui solo per mezzo di percezione; cioè mediante un atto speciale ch'essi imprendano col proponimento d' un tale acquisto (c).

ANNOTAZIONE

Non tutti sono di accordo per l' acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede.

Il *Savigny* vorrebbe che questi non avesse altro diritto sopra i frutti che quello che ha sulla cosa principale, ossia una *bonae fidei possessio*; il solo vantaggio per lui è il tempo molto più breve per usucapirli, cioè tre anni, e il non dover restituire i frutti consumati (d).

L' *Unterholzner* al contrario fa distinzione tra frutti naturali ed industriali; su questi acquista il possessore di buona fede una irrevocabile proprietà; mentre sui primi non avrebbe che una *bonae fidei possessio* (e).

Il *Marezoll* senza questa distinzione opina che il possessore di buona fede immediatamente acquisti il diritto di proprietà; ma la durata ne sarebbe dipendente dallo stato della buona fede: giacchè non appena questa finisca, si estingue *ipso iure* altresì la proprietà, e ricade al proprietario della cosa fruttifera; purchè, s'intende, i frutti non siano stati consumati. Da questi principii deduce poi il *Marezoll* la possibilità dell' usucapione, e la *vindicatio* dei frutti *exstantes* (f).

Finalmente il *Backe* pensa che il possessore di buona fede acquisti per mezzo della separazione la proprietà dei frutti senza distinzione di naturali o industriali; e solamente quando la cosa principale è rivendicata dal proprietario, *officio iudicis* i frutti *exstantes* sono consegnati al vincitore del processo di rivendicazione (g). Questa si può dire l' opinione della più parte dei moderni giuristi (h), la quale risponde alla natura delle cose ed ai principii fondamentali del diritto, ed è rafforzata dalle ragioni che seguono.

1) Il possessore di buona fede in forza del suo giusto titolo è riguardato dalle leggi come vero proprietario, ed a lui è data un'utile azione rivendicatoria. È chiaro che durante questo tempo, valendo egli come effettivo proprietario, si stima che eserciti anche legalmente tutti i diritti inerenti a quello di proprietà; dunque anche il *ius utendi fruendi*, mercè il quale si acquista non il possesso ma la proprietà. Egualmente era nella proprietà bonitaria del diritto antico: il proprietario in *bonis*

(b) L. 25. §. 1. de usur. (22. 1.). *Julian.* Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est.—§. 3. Inst. de rer. div. (2. 1.).

(c) §. 36. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 12. §. 5. de usufr. (7. 1.). — L. 13. quib. mod. usuf. (7. 4.). — L. 16. de praescript. verb. (19. 3.). — L. 61. §. 8. de furtis. (47. 2.).

(d) *Savigny*, del possesso §. 22. 6ª edizione.—*Windscheid*, giornale di Giessen; nuova serie, IV. p. 53.

(e) *Unterholzner*, Archivio civile VIII. pag. 311.

(f) *Marezoll*, nel giornale di Giessen XVIII. pag. 218.

(g) *Backe*, *Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit*. Berol. 1825.

(h) Ved. *Zimmern*, nel museo del Reno III. pag. 351.—*Puchta*, corso dell' Istit. §. 240.—*Mühlenbruch*, comp. §. 250. — *Arndts*, §. 156. ed altri.

acquistava sui frutti della cosa non la proprietà bonitaria, ma la quiritaria; giusto perchè si erano concessi a lui tutti i diritti materiali del proprietario civile. Il che è confermato dalle leggi. « *Bonae fidei possessor*, dice Giuliano, in percipiendis » fructibus id iuris habet, *quod dominis praediorum tributum est* » (i); e Paolo : » fructus statim bonae fidei emtoris fit; *nec usucapi debet*; e Gaio: fructus statim » *pleno iure sunt bonae fidei possessoris* » (k). A queste leggi possiamo aggiungerne altre di egual valore. Così Giustiniano nel §. 35. delle Istituzioni de rerum div. (2. 1.) mette l'acquisto dei frutti del possessore di buona fede come modo di acquistare la proprietà; Papiniano nega ogni diritto di proprietà sui frutti al proprietario di una cosa fruttifera, quando essa trovasi nella *bonae fidei possessio* di un terzo (*quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt*) (l); così le locuzioni istesse *fructus suos facit, eius fiunt fructus: fructus ad eum pertinent* (m). Il volere esporre tutti questi passi in maniera da non trovarvi per il possessore di buona fede che il solo possesso e non la proprietà, nasce dall'ostinarsi in un'idea poco conforme alla realtà delle leggi.

2) La proprietà concessa al possessore di buona fede è una proprietà *revocabile ex nunc*; certamente egli è obbligato alla restituzione dei *fructus extantes*, quando l'oggetto è rivendicato con efficacia dal vero proprietario; ma questa obbligazione nasce *ex officio iudicis*; il che vuol dire che la proprietà sui frutti per il possessore di buona fede non termina prima che non si adempisca a questa obbligazione, e prima che non fosse trasferito l'oggetto (n); a questo corrispondono le parole della legge 48. *de acquir. rer. dom.: suos interim facit*.

Se il possessore di buona fede avesse venduto i frutti ad un terzo, è statuito che il proprietario della cosa non potrà in nessuna guisa rivendicarli dal terzo, nè dallo stesso possessore. Ciò è contrario alla teoria del *Savigny*; poichè logicamente, secondo lui, bisogna concedere al proprietario della cosa la rivendicazione dei frutti da ogni terzo possessore. È contrario altresì all'opinione del *Marezoll*, il quale, quantunque dia il diritto di proprietà al possessore di buona fede, pure affermandone la perdita *ipso iure* appena egli addiuviene di mala fede, deve concedere al proprietario la rivendicazione dei frutti. Ma queste deduzioni sono pel *Marezoll* meno logiche che pel *Savigny*; imperocchè presso de' Romani non è generalmente riconosciuta la regola, che per acquistare la proprietà sui frutti bisogna che continui la buona fede; ed anche che fosse da tutti accettato per l'acquisto esservi bisogno della buona fede del possessore al momento della separazione, non potremmo giammai dedurne perdersi per la *mala fides superveniens* la proprietà, anche dei frutti acquistati con buona fede. Inoltre la restituzione de' frutti non può essere ammessa se non dopo la *litis contestatio*, dal che ricaviamo, che il proprietario fino a quel punto non è stato mai proprietario de' frutti: ora come gli si può concedere secondo i principii del diritto romano una propria azione per rivendicarli?

La sola legge che il *Marezoll* ha potuto citare in prouva della sua dottrina è la L. 43. *de evict.* (21. 2.), la quale dice: » *Vaccae emtor, si vitulus, qui post emtionem*

(i) L. 25. §. 1. *de usuris* (22. 1.).

(k) L. 28. *eod.*

(l) L. 1. §. 2. *de pign.* (20. 1.).

(m) L. 25. §. 1. 2. L. 28. *pr.* L. 45. *de usur.* (22. 1.). — L. 13. *fin. quib. modis usuf.* (7. 4.). — L. 48. *de acquir. rer. dom.* (41. 1.).

(n) §. 35. *Inst. de rer. div.* (2. 1.). — §. 2. *Inst. de offic. iud.* (4. 17.). — L. 22 *C. de rer. vind.* (3. 32.).

« natus est, evincatur, agere ex duplae stipulatione non potest ». Questo passo non appartiene alla materia: prima perchè non è detto nè che il possessore sia stato di buona fede, nè che sia stato tale almeno nel momento della separazione. Dal contesto di tutta la legge si vede che il giurista volle dimostrare che per mezzo della evizione del frutto non sia annullata la *duplae stipulatio*; poichè il *vitulus* come *corpus* è differente dall'usufrutto come diritto; e per questa dimostrazione suppone il caso in cui un frutto venga evitto al compratore senza badare ai requisiti di una tale evizione. Che poi vi siano casi, in cui si può vindicare il frutto di una cosa fruttifera dal compratore, non è messo da nessuno in dubbio; ma da ciò non nasce la conseguenza, che contro il possessore di buona fede è data al proprietario della cosa fruttifera una speciale rivendicazione dei frutti. « *Fructus autem rerum, quas mala fide tenuit, ... suos non facit, sed extantes quidem vindicari, consumptos vero condici posse, procul dubio est* » (o).

3) Il possessore di buona fede dalla *litis contestatio* è obbligato a restituire i frutti *extantes*, ed è liberato dalla restituzione de' consumati. Ora col nome di consumati s'intendono non solo quei che furono veramente usati, ma ancora quei che furono venduti e specificati.

Molti applicherebbero alla materia i principii dell'usucapione; ma secondo la nostra maniera di vedere ciò è impossibile, ripugnando alla ragione e al diritto una usucapione sulla propria cosa. Egli è giusto secondo il concetto del *Savigny* e *Marezoll* di accettare un'usucapione; ma dato il diritto di proprietà da parte del possessore di buona fede sui frutti separati, è inconcepibile l'usucapione. Le leggi che il *Marezoll* porta a pruova del suo assunto sono:

a) la leg. 4. §. 5. de usurp. (41. 3.). di Paolo: « *Fructus et partus ancillarum et foetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt* ». Certo qui la possibilità dell'usucapione sopra i frutti non può mettersi in dubbio, ma per venire alla conclusione del *Marezoll* bisogna supporre che il defunto fosse stato di buona fede; quanto ciò possa dedursi da questo passo e specialmente dalle parole: *si defuncti non fuerunt*, ognuno vede. Ma pure secondo la sua stessa teoria, supponiamo il defunto possessore di buona fede; sarebbe stato certamente proprietario dei frutti almeno fino alla durata della buona fede; ora come si conciliano poi le parole, *si defuncti non fuerunt*? rapportandole forse non ai frutti, ma alle cose stesse? (p); ma ciò è arbitrario per logica, ed impossibile secondo grammatica.

b) la leg. 48. §. 5. de furtis (47. 2.), la quale è di pochissima o nessuna importanza, quando il paragrafo citato si aggiunge col sesto.

4) Ma questi diritti del possessore di buona fede valgono solamente pei frutti, e non già per le accessioni; sulle quali il possessore della cosa principale non avrà che un possesso di buona fede; così il parto dell'ancella, essendoci considerato come accessione, il possessore non avrà sui figli di essa che un possesso di buona fede, cioè saranno per lui un obbietto di usucapione (q).

(o) L. 4. C. de crim. expil. hered. (9.32.). — confr. L. 22. §. 2. de pign. act. (13. 7.). — L. 3. C. de cond. ex leg. (4. 9.).

(p) *Marezoll*. l. c. pag. 215.

(q) L. 28. §. 1. de usur. (22. 1.). *Gai.* Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet; absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit. — L. 48. §. 5. 6. de furtis (47. 2.). — §. 37. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 11. §. 2. 5. de publ. in rem. act. (6. 2.).

5) L'acquisto dei frutti che fa il possessore di buona fede non dipende dalla *conditio usucapiendi*, quindi non va sottoposto alle regole ed ai requisiti dell'usucapione. Onde vi sono casi, nei quali è riconosciuto l'acquisto dei frutti mentre è impossibile l'usucapione (r).

D'altra parte se nel possesso di buona fede è sufficiente che vi sia buona fede al principio, nell'acquisto dei frutti per contrario è richiesta sempre al momento della separazione; almeno ciò è detto da Ulpiano, Africano e Paolo (s), ma sembra che Giuliano tenesse altra opinione (t).

A. Dell'usucapione ordinaria.

§. 166.

1) Requisiti di essa.

T. Inst. de usucap. et longi temp. possess. (2. 6.); — D. de usurp. et usuc. (41. 3.). — Cod. communia de usucapionibus (7. 30.); — de usucapione transformanda (7. 31.); — de praescript. long. temporis X. vel XX. annor. (7. 33.); — in quibus causis cessat long. tempor. praescript. (7. 34.); — quibus non obicitur long. tempor. praescript. (7. 35.). — nec rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescript. submoveat. (7. 38.); — de praescript. XXX. vel XL. annorum (7. 39.). — *Gai.* Inst. II. §. 40. 109. — *Paul.* recept. sent. V. 2.; — *Donelli*, comm. iur. civ. lib. V. c. 5. c. 14-31.; — *Maianisii*, disput. iur. tom. II. 50-60; — *Rave*, principia universae doctrinae de praescriptionibus, cura Eichmanni, Hal. 1799. — *Thibaut*, sul possesso e sulla usucapione. Iena 1802.; — *Unterholzner*, teoria della prescrizione, Breslavia 1815.; — *Reinhardt*, la praescriptio e l'usucapio del diritto romano; — *Raevardi*, Tribonianus, sive de veris usucapionum differentiis contra Tribonianum, Antv. 1561.

L'usucapione è un modo di acquistare la proprietà mediante un possesso non interrotto per tutto il tempo dalle leggi stabilito. È giustificata, perchè senz'essa la proprietà sarebbe incerta, anzi in alcuni casi ne sarebbe impossibile la pruova (§. 87. pag. 364).

I requisiti dell'usucapione sono la prescrittibilità dell'oggetto, il possesso qualificato, e il tempo fissato dalle leggi.

(r) L. 48. §. 1. fin. de acq. rer. dom. (41. 1.). *Paul.* Nec contrarium est, quod longum tempus currit; nam a contrario is, qui non potest capere propter vitium rei, fructus suos facit. — L. 4. §. 19. de usurp. (41. 3.). — L. 48. §. 5. 6. de furtis. (47. 2.).

(s) L. 23. §. 1. de a. r. d. *Ulp.* Tandiu autem acquirit, quandiu bona fide servit; ceterum si coeperit scire, esse eum alienum, vel liberum, videamus, an ei acquirit; quaestio in eo est, utrum initium spectamus, an singula momenta? Et magis est, ut singula momenta spectemus. — L. 40. 48. de acq. rer. dom. (41. 1.).

(t) L. 25. §. 2. de usur. (22. 1.). *Julian.* Bonae fidei emtor sevit, et antequam fructus perciperet, cognovit, fundum alienum esse; an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. Respondi, bonae fidei emtor, quod ad percipiendos fructus, et intelligi debet, quandiu evictus fundus non fuerit; nam et servus alienus, quem bona fide emero, tandiu mihi ex re mea, vel ex operis suis acquirere, quandiu a me evictus non fuerit.

I. Tutte le cose che sono in commercio sono prescrittibili; pure alcune sono sottratte all'usucapione o per privilegio di persona, o per proprietà della cosa stessa.

1) Sono sottratte all'usucapione per privilegio di persona:

- a) le cose del fisco; ancora è da notare che i *bona vacantia* cominciano già ad essere imprescrittibili non appena sono dichiarati tali (a);
- b) le *res dominicae*, ossia le cose appartenenti all'imperatore (b);
- c) gl'immobili delle chiese e dei corpi pii (c);
- d) gli oggetti delle città (d);
- e) le cose dei pupilli e dei minori (e).

2) Per proprietà loro:

a) le cose che appartengono ad un peculio avventizio regolare; ma ritornano sotto l'usucapione appena termina la patria potestà (f);

b) quelle cose, la cui proprietà è perduta dal padre per causa del secondo matrimonio (§. 115) a favore de' figliuoli del primo letto; sono fuori usucapione anche dopo estinta la patria potestà (§. 121. annont.) (g);

c) quanto alle cose dotali, il *fundus dotalis*, non potendo alienarsi giusta la legge Giulia, fu sottratto ancora all'usucapione; Giustiniano ordinò inoltre che nessuna prescrizione poteva opporsi alla donna che reclamava in giudizio le cose mercè la *vindicatio* o l'*actio hypothecaria*,

(a) L. 9. Inst. b. t. (2. 6.). Res fisci nostri usucapi non potest. Sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco non dum nunciatis, bona fide emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse, et ita divus Pius et divi Severus et Antoninus rescripserunt. — L. 18. 24. b. l. (41. 3.).

(b) L. 2. C. b. t. (7. 38.). Valent. Theod. et Arcad. Universas terras, quae a colonis sive emphyteuticariis dominicis, iuris reipublicae, vel iuris templorum in qualibet provincia venditae, vel ullo alio pacto alienatae sunt, ab his, qui perperam aut contra leges eas detinent, nulla longi temporis praescriptione efficiente, iubemus restitui, ita ut nec pretium quidem iniqua comparatoribus reposcere liceat. — L. 6. C. de fund. patr. (11. 61.).

(c) Nov. 111. c. 1. 131.

(d) L. 9. h. t. Gof. Usucapionem recipiunt maxime res corporales exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani, et civitatum, et liberis hominibus. — L. 12. §. 2. de publ. in rem. act. (6. 2.).

(e) L. 3. C. quib. non obic. (7. 35.). — L. 5. C. in quib. caus. (2. 41.). — L. un. C. ad advers. usuc. (2. 36.). — ved. §. 87. not. (f) (g).

(f) L. 1. C. de bonis. materia (6. 60.). — L. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.). — L. 1. §. 2. C. de annali except. (7. 40.). Justinian. Ne autem imperfecta sanctio videatur, quum in matris quidem rebus filiusfamilias tempora exceptionum currere dispositum erat, et quo sacra paternis absoluti sunt, in aliis autem, quae minime acquiri possunt, hoc non fuerat specialiter constitutum, apertissima definitione sancimus, filiusfamilias in omnibus his casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerint, id est postquam manu paterna vel eius, in cuius potestate erant constituti, fuerint liberati. Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod, etsi maluerint, minime adimplere lege obviant valebant?

(g) Nov. 23. c. 24.

siano queste cose mobili od immobili, estimate o non estimate, se non dal tempo ch'essa fu idonea ad intentare l'azione, ossia dallo scioglimento del matrimonio, o dall'insolvenza del marito (h);

d) le cose mobili furtive secondo le leggi delle XII tavole, e la legge Atinia (i). Con esse però non sono egualmente tolte all'usucapione le produzioni (k); le quali solamente allora possono essere considerate come furtive, quando furono percepite dallo stesso possessore di mala fede, ossia dal ladro stesso; eccetto il parto della schiava e degli animali, poichè i figli sono reputati furtivi e però tolti all'usucapione, anche quando nascono presso il possessore di buona fede, purchè la madre sia stata rubata gravida, o sia tale divenuta nelle mani del possessore di mala fede (l).

Il vizio di furto delle cose è purgato (*vitium rei purgatur*), quando ritornano in potestà del loro proprietario (m). Se esse ritornano in potestà del procuratore, non sono ancora purgate dal vizio, finchè il proprietario non abbia avviso della presa di possesso; ma s'egli niente avea saputo del furto, non v'è mestieri di avviso. Lo stesso si dica quando la sottrazione fu fatta dallo stesso procuratore, e dopo un'altra fiata questi se ne impossessa pel mandante (n).

(h) L. 16. de fundo dot. (23. 5.). — L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.). — ved. §. 110. not. (a).

(i) §. 2. 3. Inst. de usuc. (2. 6.). Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt; nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum, et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessorum lex Iulia et Plautia. — L. 4. §. 6. L. 33. pr. de usurp. (41. 3.). — L. 215. de V. S. — Gai. Inst. II. §. 45. 49.

(k) L. 4. §. 19. L. 10. §. 2. L. 33. de usurp. (41. 3.). Ulp. Scaevola libro undecimo quaestionum scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit, vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem usucapi ab herede distractum iuvencum non posse; sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit, se putare, usucapere posse et partum; nec enim esse partum rei furtivae partem. Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emtorem peperisset, usucapi poterat.

(l) L. 4. §. 19. de usurp. (41. 3.). — L. 48. §. 5. de furt. (47. 2.). Ulp. Anellia si surripiatur pregnant, vel apud furem concepit, partus furtivus est, aive apud furem edatur, aive apud bonae fidei possessorem; sed in hoc posteriore casu furti actio cessat; sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique peperit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est, et in foetu eorum, quod in partu.

(m) §. 8. Inst. de usuc. (2. 6.). — §. 12. Inst. de obi. quae ex del. (4. 1.). — L. 4. §. 6. 12. 21. L. 49. de usurp. (41. 3.). Paul. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui surrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui surreptum est. Igitur ereditori surrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet. — L. 7. §. 37. pro emt. 41. 4.). — L. 84. de furt. (47. 2.).

(n) L. 4. §. 7. 8. 10. de usurp. (41. 3.). Paul. Labeo quoque ait, si res peculiaris servi vel surrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam rediisse; commodius dicitur, etiam si seiero, rediisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui; nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem eius nactus sim.

Purgandosi dal vizio le cose furtive quando ritornano nelle mani del proprietario, ne segue che se questi avesse furate le stesse cose sue, per esempio, al creditore pignoratorio, all'usufruttuario, al possessore di buona fede, non sarà certamente ostacolo all'usucapione (o).

Se un non proprietario impegni o conceda ad usufrutto una cosa, e di poi la sottragga al creditore, o all'usufruttuario; la *purgatio viui* avviene quando la cosa ricade in potestà del rubato (p).

E generalmente la cosa s'intende ritornata nelle mani del proprietario, o di colui che fu rubato, quando se ne impossessa in modo *ut avelli non possit* (q), o sia convinto che gli appartenga, e che sia proprio quella che gli fu rubata (r): quando sta in lui di riaverne il possesso per mezzo di un'azione (s): quando il proprietario per atto legale ne trasmissa la proprietà al possessore (t).

e) anche sottratte sono le *res vi possessae* secondo la legge Giulia e Plauzia (u). Il vizio per queste cose si purga nel medesimo modo come per le rubate (v);

f) i mobili venduti dal possessore di mala fede, il quale, così facendo, commette un furto (x). E secondo un ordine di Giustiniano anche gl'immobili, quando il proprietario non ha notizia della vendita avvenuta (y);

g) quella cosa che l'erede ha venduta togliendola da un legato, fosse

(o) L. 20. §. 1. de furtis (47. 2.). — L. 4. §. 21. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si rem pignori datam debitor surripuerit et vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest, quod puto rectius dici. — L. 5. pro emt. (41. 4.).

(p) L. 49. h. t. *Labeo*. Si quid est surreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. *Paulus*: uno forsitan et contra; nam si id, quod mihi pignori dederis, surripueris, erit ea res furtiva facta; sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit.

(q) L. 4. §. 12. de usurp. (41. 3.).

(r) L. 4. §. 12. cit. L. 7. §. 7. pro emt. (41. 4.). — L. 86. de furtis (47. 2.).

(s) 215. de V. S. (50. 16.). — *Paul.* In lege Atinia in potestate domini rem furtivam venisse videtur, et si eius vindicandae potestatem habuerit, *Sabinus* et *Cassius* aiunt.

(t) L. 4. §. 13. 14. L. 32. pr. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Sed et si vindicavero rem mihi surreptam, et litis aestimationem accepero, licet corporaliter eius non sim nactus possessionem, usucapietur. §. 14. Idem dicendum est, etiamsi voluntate mea alia tradita sit.

(u) §. 2. Inst. (2. 6.). — *Ved.* not. (i). — L. 33. §. 2. de usurp. (41. 3.).

(v) §. 8. Inst. h. t. L. 33. 2. de usurp. (41. 3.). — L. ult. de vi bon. rapt. (47. 8.). *Verul.* Quod vi possessum raptumve sit, antequam in potestatem domini heredisve eius pervenit, usucapi lex vetat.

(x) §. 3. Inst. de usucap. (2. 6.). — L. 6. C. de furtis. (6. 2.). *Alexand.* Alienum servum sine voluntate domini qui sciens vendidit seu donavit vel alio modo alienavit, nihil domino diminueri potest; et si contractet, vel apud se detinuerit, etiam furtum facit.

(y) Nov. 119. c. 7.

puro o condizionale; sicchè il legatario dopo il *dies cedens* o dopo avvenuta la condizione potrà sempre rivendicarla (z);

h) quelle cose, le quali contro la legge Giulia *repetundarum*, sono state per qualunque titolo date ad un governatore di provincia (aa). Il vizio è purgato quando esse tornano in potestà del proprietario (bb);

i) i materiali altrui finchè sono incorporati coll'edificio, non avendo il proprietario di essi la facoltà nè di rivendicarli nè di farli staccare;

k) finalmente nel regolare i confini di due campi vicini per mezzo dell'*actio finium regundorum* l'eccezione di usucapione ordinaria non è accettata (cc).

4) La nota massima di diritto: *alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi*, non ha tanto valore da conchiudersi assolutamente che quando è proibita l'alienazione, si proibisce egualmente la usucapione (dd). Pel terzo possessore delle cose litigiose ha luogo un'usucapione di 20 anni (ee).

§. 167.

a) Continuazione (possesso qualificato).

II. Il secondo requisito dell'usucapione è il possesso qualificato, poichè essa deve venire da un possesso con giusto titolo e buona fede.

1) Il possesso è requisito essenziale dell'usucapione, e chi non può possedere non può nemmeno usucapire: egualmente come quelle cose che non possono essere obbietto di possesso, non possono essere usucapite. Ancora il tempo richiesto per l'usucapione non comincia a decorrere prima che non si sia acquistato il possesso, talmente che, se il possesso è preso per procuratore, quel tempo non incomincia a decorrere prima che il possessore principale non avesse contezza della presa di possesso (§. 152).

2) Il possesso dev'essere non solo un possesso così detto civile (*ani-*

(z) L. 3. §. 3. C. de legatis (6. 43.).

(aa) L. 8. §. 1. de leg. Iul. repet. (48. 11.). *Paul.* Eadem lex venditiones, locationes eius rei causa pluris minorisve factas irritas facit, impeditque usucapionem, priusquam in potestatem eius, a quo profecta res sit, heredisve eius veniat. — L. 48. pr. de acqu. rer. dom. (41. 1.).

(bb) L. 8. §. 1. de leg. Iul. repet. (48. 11.). — Ved. not. prec.

(cc) L. 6. C. fin. reg. (3. 39.). *Theod. Arcad. et Honor.* Cunctis molitionibus, et machinationibus amputatis, decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere.

(dd) L. 16. de fundo dot. (23. 8.). — *Tryphon.* . . . nam licet lex Iulia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi acquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus sit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat.

(ee) L. 1. C. de praes. long. temp. (7. 33.).

mus domini, proprietatis), ma ancora dev'essere poggiato sopra un titolo idoneo a trasmettere il diritto di proprietà, che non ha la sua efficacia per un impedimento esteriore; per conseguenza il titolo dev'essere idoneo, ossia vero e giusto (1).

Tale impedimento alla efficacia del titolo può avvenire se il tradente non era proprietario, o se per la limitata potestà non può disporre. I titoli avuti come idonei per l'usucapione sono:

a) *Pro herede*. Non è questo l'antico titolo *pro herede* il quale non v'è più nella legislazione giustiniana, ma sibbene l'altro mercè cui taluno, per errore scusabile, si crede erede, e possiede le cose ereditarie (2).

b) *Pro emtore* è quando uno, avendo comprato un oggetto, e pagato il prezzo di stima, ne acquistò il possesso (a).

c) *Pro donato*, cioè quando la cosa fu consegnata al possessore a titolo di donazione. In una donazione tra il padre ed il figlio di famiglia, com'essa è nulla, il titolo *pro donato* non è titolo giusto per l'usucapione (h). Lo stesso si dica in generale per le donazioni tra coniugi; ma se l'oggetto della donazione fu una cosa altrui, la donazione tra coniugi varrà come titolo per la usucapione, purchè il donante non addivenga più povero (c).

d) *Pro soluto*, se qualcuno ebbe in pagamento una cosa altrui dal debitore, ovvero da chi non era debitore una cosa propria (d).

e) *Pro transacto*, quando si possiede una cosa altrui in virtù di transazione (e).

(a) L. 2. pr. §. 3. *pro emtore* (41. 4.). *Paul.* *Pro emtore possidet, qui revera emit; nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet, se pro emtore possidere, sed debet etiam subesse causa emtionis. Si tamen existimans me debere, tibi ignoranti tradam, usucapies. Quare ergo, et si putem me vendidisse, et tradam, non capies usu? Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus; sic denique, si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse; at in emtione illud tempus inspicitur, quo contrahitur; igitur et bona fide emisse debet, et possessionem bona fide adeptus esse.*

(b) L. 1. pr. §. 1. *pro donato* (41. 6.). *Paul.* *Pro donato ius usucapit, cui donationis causa res tradita est; nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet, §. 1. Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit.*

(c) L. 1. §. 2. L. 3. *pro donato* (41. 6.). *Paul.* *Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare; alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligitur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Iulianus putat. — L. 23. 44. de don. int. vir. et uxor. (24. 1.).*

(d) L. 33. §. 3. L. 46. 48. de usurp. (41. 3.). *Hermog.* *Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit: et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest. — ved. annotaz. (1).*

(e) L. 8. C. de usuc. pro emt. (7. 26.). — *Dioclet. et Mazim.* *Ex causa transactionis habentes iustam causam possessionis usucapere possunt.*

f) *Pro legato*, quando uno acquista per legato una cosa di un terzo, ovvero una cosa propria del testatore, ed ignora che gli fu tolta novellamente in un codicillo (f). Ma se il legato non era per lui, ovvero s'egli è incapace di acquistarlo, il titolo *pro legato* non potrà aver valore; eccetto se vi fu sbaglio di nome (g).

g) Finalmente *pro suo* (h), quando il titolo non può aver altro nome distinto, come se qualcuno cominciasse a possedere per errore una cosa altrui.

3) Al titolo si deve aggiungere la buona fede, la quale è la certa persuasione, ch'abbia il possessore, di aver acquistato l'oggetto in una maniera legittima, e di averne già conseguita la proprietà. Però la buona fede nasce dall'errore, ma dal solo errore di fatto scusabile: che se l'errore è di diritto, o vi fosse una grave negligenza nell'errore di fatto, il possessore sarà reputato di mala fede (i).

È soltanto necessario che la buona fede siavi al principio dell'acquisto, perocchè la *mala fides superveniens* non impedisce l'acquisto della proprietà (k).

Se il possesso si acquista per opera altrui, bisogna distinguere quando il possessore principale lo acquista anche senza sua volontà, e quando questa volontà v'è indispensabilmente richiesta. Circa il primo punto è sufficiente che la buona fede fosse in colui che l'acquista per l'altro: come nel figlio che acquista *ex peculiari causa* pel padre, nello schiavo per il padrone, nel tutore per il pupillo (l); si noti per altro che se il padre od

(f) L. 4. §. 8. pro legato (41. 8.). *Paul.* Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit, ant testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur; in horum enim persona subest iusta causa, quae sufficit ad usucapionem. Idem potest dici, etsi in uomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, quum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit.

(g) L. 2. 4. 7. eod. — ved. not. prec.

(h) L. 5. §. 1. pro suo (41. 10.). *Nerat.* Sed id, quod quis, quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio; quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapionis non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.

(i) L. 31. pr. de usur. (41. 3.). — L. 7. §. 2. pro emt. (41. 4.). — L. ult. pro her. (41. 3.). — L. 4. de iur. et fact. ign. (22. 6.). *Pomp.* Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesset, facti vero ignorantiam prodesset constat. — L. 4. pro emtor. (41. 4.). *Javol.* Emtor fundi partem eius alienam esse non ignoraverat; responsum est, nihil eum ex eo fundo longa possessione caputurum; quod ita verum esse existimo, si quae pars aliena esset in eo fundo, emtor ignoraverat; quod si certum locum esse sciret, reliquas partes longa possessione capi posse non dubito.

(k) L. 43. 48. de usurp. (41. 3.). — L. un. C. de usuc. trasf. (7. 31.).

(l) L. 8. pr. L. 31. §. 3. L. 43. §. 1. L. 47. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si emtam rem mihi procurator, ignoante me, meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est. — L. 2. §. 14. L. 7. §. 8. pro emt. (41. 4.).

il padrone ne avessero conoscenza nel momento stesso dell'acquisto, si richiederebbe benanche la loro buona fede: non così se dopo (m). Quando poi per l'acquisto è necessaria la volontà del possessore principale, bisogna che questi solo sia di buona fede; la buona o mala fede del mandatario è del tutto indifferente.

ANNOTAZIONI

(4) È controverso se un titolo putativo sia sufficiente fondamento per la usucapione. Egli è certo che la esistenza di un titolo erroneo, non fa ostacolo all'usucapione (o); lo stesso vale quando vi esiste un titolo, e colui che acquista per usucapione ha in mente un altro (p).

Quanto agli altri casi alcuni scrittori affermano esserci stata su ciò differenza tra i giuristi romani, avendo gli uni escluso il titolo putativo, avendolo gli altri ammesso quando siavi un errore scusabile; Giustiniano aver poi decisa la questione conforme ai primi. Ciò non è affatto vero. La regola generale certamente è che il solo titolo vero può dare origine alla usucapione e non il putativo (q); con tutto ciò è accettata la eccezione, che l'errore di fatto scusabile non nuoce alla usucapione, e per conseguenza non vi è contraddizione nelle leggi (r); dato per altro che vi fosse errore da parte del tradente, e dell'acquirente. Ciò non ostante la questione è lungi dall'essere del tutto risolta, riconoscendosi da alcuni moderni giuristi, p. e. nel pagamento di un indebito o di una *datio in solutum* avvenuta in buona fede tra debitore e creditore putativi, la esistenza di un titolo vero; imperocchè, la *iusta causa traditionis*, affermarsi, non essere la *obligatio*, ma l'atto civile della *solutio*, o della *datio*, e questo essersi pienamente avverato (s).

(m) L. 2. §. 13. pro emt. (41. 4.). — *Paul.* Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego ubi primum cognovi, sciam alienam, processuram usucapionem Celsus ait; initium enim possessionis sine vitio fuisse; sed si eo ipso tempore emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturnum.

(o) L. 48. pr. de usur. (41. 3.). *Paul.* Si existimans debere, tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si tu putas debitum esse. Aliud si putem, me ex causa venditi teneri, et ideo tradam; hic enim non nisi auctio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur; neque interest, quum stipulor, sciam alienum esse, nec ne; sufficit enim, me putare, tuum esse, quum solvis; in emtione autem et contractus tempus inspicitur, et quo solvitur; nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus. — L. 4. §. 2. pro suo (41. 10.).

(p) L. 31. §. 6. L. 41. §. 4. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si defunctus emit, heres autem putat, eum ex donationis causa possedissee, usum eum capturnum, Iulianus ait.

(q) L. 27. de usur. (41. 3.). *Ulp.* Celsus libro trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fides adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre, emerit, nec ne, donatum sit, nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Item et in litis aestimationem subierit, usucapere non possit. — L. 1. pro donato (41. 6.). — L. 6. pro derelicto (41. 7.). — §. 11. Inst. de usuc. (2. 6.). — L. 4. C. de usuc. pro her. (7. 29.). — L. 5. C. de praescript. long. temp. (7. 33.).

(r) L. 11. pro emt. (41. 4.). — ved. not. (v). — L. 3. pr. L. 5. §. 1. pro suo (41. 10.).

(s) *Keller*, Pand. 2.^a ed. 1866. §. 133. — *Unterholzner*, prescr. p. 109. — *Leist*, Mancip. p. 292.

Non ci pare essere il vero cotesto; abbiamo invece per fermo esservi vero *titulus pro soluto*, quando qualcuno *solvendi causa* trasmette ad un'altra una *res* veramente *debita*, che se non perviene nella proprietà dell' acquirente, per cui vi ha bisogno dell' usucapione, è per mancanza di proprietà da parte del tradente, e non per deficienza di obbligazione (t); in generale come per aversi un vero titolo *pro emtore*, *pro donato* evvi bisogno di una vera vendita, di una vera donazione ecc., così non vi potrà essere vero titolo *pro soluto* senza una vera *obligatio*. È d'avvertire però una differenza che vi ha tra il titolo *pro soluto*, e il *pro emtore*: parrebbe a prima vista che questo fosse compreso in quello, ma, considerato attentamente, il titolo *pro emtore* ha una specialità che lo distingue dal titolo più generico *pro soluto*, richiedendosi in quello la buona fede non solo al tempo della tradizione, ma ancora al momento della conclusione del contratto; dal che segue che non è sufficiente la opinione di aver comprato, ma richiedesi che la vendita fosse realmente avvenuta (u). Quindi pare che nel titolo *pro emtore*, non potrebbe, come nel *pro soluto*, ammettersi un titolo putativo. Ma se avessi dato il mandato di comprare alcuna cosa, ed il mio mandatario me l'avesse consegnata con l'assicurazione del già seguito contratto di vendita, le leggi accettano un *usucapio pro emtore*, che non segue se non in virtù di un titolo putativo: infine, prescindendo dagli esempi, vi sarà titolo putativo relativamente alla vendita, *si iustam causam eius erroris emtor habeat* (v). In questi termini è indiscutibile riconoscersi il titolo putativo sì nel pagamento di un indebito generalmente, sì anche per una vendita putativa, ma non generalmente, come per il titolo *pro soluto*, ma quando vi ha errore probabile. Se non che per il primo caso, che, come si disse, non è da tutti accettato, ci si fa qualche difficoltà per alcune espressioni delle leggi; e di vero nella legge 48 riportata (x) Paolo, appellando il caso dall'erroneo pagamento *usucapio pro soluto*, pare accennasse ad un vero, e non ad un titolo putativo, di guisa che parrebbe fondata la opinione del Keller. Per quanto fosse vacillante il linguaggio dei fonti a questo riguardo, pure non crediamo si potesse chiamare altrimenti; il titolo prende nome dall'atto giuridico che lo determina, se esso per errore si crede avvenuto, la causa non cambia natura da diventare una diversa; altrimenti l'errore per se stesso sarebbe una causa legittima di tradizione, mentre esso opera una finzione, ammettendosi come esistente quel fatto giuridico che si è creduto esistere; similmente nessuno mette in dubbio la esistenza del titolo putativo nel caso della leg. 11. riportata (y), eppure Africano appella una tale usucapione *pro emtore*. Dicemmo il linguaggio dei fonti essere alquanto vacillante a tale riguardo, e di fatti Pomponio, che pure dal modo come ci presenta il caso ci vuole far notare un titolo putativo pel fatto dell' indebito pagamento, chiama la *possessio*, che mena all'usucapione, *pos-*

(t) L. 46. de usurp. (41. 3.). ved. not. (d).

(u) L. 48. de usurp. (41. 3.). ved. not. (o). — L. 2. pr. pro emt. (41. 4.).

(v) L. 2. §. 13. 16. L. 11. pro emt. (41. 4.). *African.* Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emissee, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emissee, atque ita tradiderit, magis esse, si usucapio sequatur. — L. 5. §. 1. pro suo (41. 10.). — L. 44. §. 4. de usurp. (41. 3.).

(x) Ved. not. (u).

(y) Ved. not. (v).

sessio pro suo (z). Da questa legge non si potrebbe avvantaggiare la opinione degli avversarii, perchè domanderemmo, se per un caso simile si debba ritenere un titolo vero, il nome di questo titolo non potrebbe essere che *pro soluto*; come va che Pomponio lo chiama *pro suo*? Riconosciamo esser questo un argomento che puossi anche ritorcere contro di noi, ma con questa differenza, che per la opinione contraria, che vuol riconoscere un titolo vero, la espressione di Pomponio non può giustificarsi in nessuna maniera, per la nostra invece si può fare la questione (che abbiamo motivo di credere essersi ventilata tra i giureconsulti romani) se un titolo putativo, il quale non poggia sopra un fondamento vero, non sia da collocarsi piuttosto in quello più generico di *pro suo*: ossia tra quei casi, in cui il possesso è per sé causa di usucapione, naturalmente perchè fondamento di essa non sarebbe in fondo la causa del debito, che non esiste, ma un fatto tutto subbietivo dell'usucapiente. È probabile che tale abbia potuto essere la opinione di Pomponio. Del resto, essendo questa molto più una questione di nomi, anzichè di sostanza, non le daremo maggior importanza di quello che merita; quello che ci resta di netto però è, che in ogni modo queste diverse espressioni, ed il collocamento del medesimo caso in due titoli diversi, ci fanno più sicuri che nel caso del pagamento di un indebito, o di una *datio in solutum*, che vale lo stesso, non possa scorgersi un titolo vero *pro soluto*, ma piuttosto un titolo putativo, indifferente s'esso debba appellarsi con Paolo, come la causa creduta, *pro soluto*, o *pro suo* con Pomponio (aa).

(2) Si potrebbe al caso addotto della usucapione *pro herede* aggiungere l'altro, quando un vero erede tiene una cosa come appartenente alla eredità, quando non è realmente (bb); ma qui, propriamente parlando, si ha un titolo *pro suo*, anzichè *pro herede* (cc). Comunque sia, bisogna che la cosa non fosse mai stata nel possesso dell' antecessore. Ed in fatti se vi fosse stata, verrebbe che, o l' antecessore era nella *conditio usucapiendi*, e l'erede continuerà a possedere col titolo stesso; e quegli non trovavasi in quella condizione, e non potrà usucapire nemmeno l'erede con tutta la sua buona fede (dd).

Ammessa l'usucapione per erede, è oltremodo quistionato se essa abbia o no valore anche contro il vero erede. L'opinione in voga risponde affermativamente (ee). Molti però, e negli ultimi tempi ancora, vi si dichiararono contro (ff), e certamente con ragione. In questa controversia bisogna badare ai seguenti principii:

(z) L. 3. *pro suo* (43. 10.). *Pompon.* *Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi; si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam, quia si nescio, verius est, ut usucapiam; quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam, et ita Neratius scripsit, idque verum puto.*

(aa) Ved. anch. not. (q). — *Fitting, tit. pro soluto* nell' Archivio per la pratica civile, vol. II. fas. 1. Heidelberg, 1869.

(bb) L. 3. *pro hered.* (41. 5.).

(cc) *Mühlenbruch*, comp. §. 262. — *Unterholzner* I. 373.

(dd) L. 19. §. 1. *de hered. pet.* (3. 3.). — L. 11. *de div. temp. praescrip.* (44. 3.). — L. 4. C. *pro hered.* (7. 29.).

(ee) Ved. *Savigny*, archivio storico di giurisprudenza V. pag. 21. — *Rosshirt*, arch. civil. IX. n. 1.

(ff) *Arndts*, Museo del Reno II. pag. 123. — *Peucerus*, *de usucap. pro hered. natura*, Jen. 1835. §. 6. 20. — *Thibaut*, Sist. 8. ediz. §. 1013. — *Mühlenbruch*, comp. §. 262. not. 8, ed altri.

1) Il noto senatoconsulto di Adriano riferito nella legge 20. §. 6. de hered. pet. (5. 3.) stabilisce che i possessori tanto di buona, quanto di mala fede convenuti in giudizio con una *hereditatis petitio* devono restituire, *usque eo quo locupletiores facti sunt ex ea re*. Per il che bisogna dire che « post Senatusconsultum » omne lucrum auferendum esse, tam bonae fidei possessori, quam praedoni » (gg); ed è chiaro che l'usucapione delle cose ereditarie sia da tenersi appunto come tale lucro; e per conseguenza colui ch'è addivenuto proprietario delle cose ereditarie, deve restituirle al vero erede che contro lui produce l'*hereditatis petitio*; che debba farsi quest'applicazione, si ricava da Gaio II. §. 57, secondo cui un senatoconsulto di Adriano, quello della legge citata, ordinò che l'erede attore in una *hered. pet.* doveva dal possessore, *perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset*. Volere attribuire questa frase all'antica usucapione *pro herede* del predone è arbitrario, non ponendo il senatoconsulto distinzione tra il possessore di buona e quello di mala fede.

2) Questo risultato si rileva chiaro abbastanza dalla L. 1. quor. bon. (43. 1.), secondo la quale il convenuto in giudizio con l'*interdictum quorum bonorum* è obbligato a restituire « *quod pro herede aut pro possessore possidet, possideretve, si nihil usucaptum esset*; i sostenitori della contraria opinione vorrebbero che alla parola *possideretve* si sottintendesse solamente *pro possessore* e non *pro herede*; sicchè il Pretore non parli in questo luogo che dell'*improba usucapio*, e non del *bonor. possessor*. Lasciando stare che questa interpretazione è impossibile grammaticalmente, bisognerebbe supporre che i compilatori abbiano messe queste parole per inavvertenza, il che non si può affermare senza bisogno e così alla leggiera. Secondo la nostra maniera di vedere adunque nella legislazione giustiniana sarebbe stabilito che l'*usucapio pro herede* non potrebbe valere contro l'*interdictum quorum bonorum*, nè contro la *hereditatis petitio*.

3) In due leggi del Codice e propriamente nella L. 7. C. de pet. herd. (3. 31.) L. 4. C. in quib. caus. cess. l. t. praesc. (7. 34.) è detto chiaramente, che la *longi temporis praescriptio* non può essere efficace contro la *hereditatis petitio*. Ognuno scorge quanto peso danno queste leggi, e come fondano una presunzione che anche nella *usucapio* non sarebbe stato ammesso un differente principio.

4) A tutto questo si potrebbe obiettare: se ciò fosse non si potrebbe spiegare come nel *corp. iur.* può esser ancora ammessa una *usucapio pro herede*. Questa obiezione sparisce immediatamente, quando si considera che veramente nel sistema legislativo di Giustiniano non è totalmente abolita la *usucapio pro herede*; essa ha tutto il suo valore, eccetto contro il vero erede. Di fatti il possessore *pro herede* dopo il tempo determinato dalla usucapione può intentare la *rei vindicatio* contro ogni terzo possessore, e legalmente può trasferirne il diritto di proprietà.

5) Si è dato qualche peso ad alcune leggi, che in verità sono poco importanti, perchè le parole *si negotium integrum* della legge 2. C. quor. bon. (8. 2.) non si rapportano alla usucapione, ma bensì vogliono significare, se non vi è *res iudicata*, ovvero se non è stata intentata nessun'altra azione, e nella legge 3. C. de edicto D. Adr. (6. 33.) si fa solamente parola della prescrizione di 30 anni.

(3) È molto disputato se una valida sentenza possa essere un giusto titolo di usucapione (hh).

(gg) L. 28. de hered. pet. (3. 3.).

(hh) Ved. Donelli, comm. iur. civ. lib. V. c. 14. §. 13. — Arndts, arch. civ. XVIII. p. 283. —

Per veder chiaro in questa controversia conviene, che dapprima si escludano i casi che sono fuori dubbio. Quando mercè di un'azione personale il convenuto è condannato a restituire una cosa, l'attore potrà certamente avvalersi della sentenza come titolo di usucapione (*pro soluto*); così quando in un giudizio di rivendica il convenuto che ha compito, secondo la opinione del giudice, la usucapione dopo la *litis contestatio*, è condannato alla restituzione dell'oggetto. Ma per contrario se dal giudizio di rivendicazione non viene se non una semplice sentenza assolutoria, essa non potrà valer mai come titolo di usucapione pel convenuto: poichè tale sentenza punto non afferma in lui un acquisto legale, ma semplicemente annulla l'azione dell'attore per non aver questi saputo o potuto provare il suo diritto di proprietà.

La questione si riduce adunque al seguente caso; se valga la sentenza come titolo, quando qualcuno senza avere un titolo, ovvero ne ha uno, sul quale egli stesso non fida, intenta una *rei vindictio* e ci riesce, sebbene in cuor suo non tenga sè proprietario, ma l'altro. Coloro i quali non vogliono riconoscere ad una sentenza la forza di un titolo, espongono la seguente ragione: per mezzo della sentenza non si costituisce un nuovo diritto, sivvero si dichiara il preesistente (ii); per ciò la sentenza non è un mezzo di acquisto della proprietà, e chi ciò crede, il suo errore è un errore di diritto, di cui secondo le regole generali non può giovarsi l'usucapione.

È una giusta massima che la sentenza del magistrato nient'altro afferma che il diritto che precedentemente esiste: donde è chiaro che chi non è proprietario, non deve avere in suo favore una sentenza di rivendicazione a cui non ha diritto. Ma non è men certo che le cose nella realtà non sempre procedono secondo questo tenore; e devesi pel rispetto della giustizia stessa, piegare alquanto la severa assolutezza dei principii. Onde la materiale ingiustizia d'una sentenza la quale, secondo le apparenze legali, afferma un diritto che altri non avea, deve per umana necessità tenersi ancora come legittima, ed il vincitore della lite come giustamente tale. Nel caso posto di sopra l'attore per mezzo della sentenza è divenuto veramente proprietario (kk).

Quando l'attore conosce questo principio, se veramente crede che il convenuto condannato fosse il proprietario, egli si ritrova nella medesima posizione, come se dal presunto proprietario avesse comprato, o permutato l'oggetto medesimo.

Per conseguenza tra i titoli per la usucapione si può benissimo annoverare il titolo *pro iudicato*, il quale sarà analogo al titolo *pro transacto* ed al titolo di un giuramento; nè mancano leggi che in certo modo lo determinano (ll).

Sententia I. p. 504. not. 52.—contrarii *Unterholzner*, praescr. I. pag.400.—*Puchta*, recitazio-
ni. I. pag. 312.

(ii) L. 8. §. 4. si servit. vind. (8. 5.). — L. 35. §. 1. de R. V. (6. 1.).

(kk) L. 3. §. 3. de reb. eor. qui sub. tut. (27. 9.). *Ulp.* Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt, nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem.

(ll) L. 3. §. 1. L. 7. pr. de publ. in rem. act. (6. 2.). *Ulp.* Sed, etsi res iudicata sit, *Publiciana actio* competit.

§. 168.

b) Continuazione (tempo per prescrivere).

T. D. de diversis temp. praescrip. et de access. possess. (44. 3.).

1) Il possesso da cui nasce l'usucapione, deve essere continuato per tutto il tempo stabilito dalla legge. Questo periodo varia secondo la qualità delle cose, cioè per le cose mobili il possesso deve durare tre anni, dieci per le immobili se possessore e convenuto sono domiciliati nella medesima provincia (*inter presentes*), e venti se sono domiciliati in due provincie differenti (*inter absentes*). Se il possessore è stato parte del tempo del possesso presente, e parte in un altro luogo, il tempo che mancherà sarà contato al doppio: così due anni di assenza valgono uno di presenza. Il tempo sarà considerato come finito al principio dell'ultimo giorno (§. 70.) (a).

2) Il possessore ha facoltà di aggiungere al suo possesso quello dell'antecessore (*accessio possessionis seu temporis*) (b); purchè il possesso sia passato immediatamente dall'uno all'altro.

a) Quanto al successore universale Giustiniano riconobbe nella sua riforma dell'usucapione l'*accessio temporis*, per mezzo di cui gli eredi ed in generale coloro che stanno per gli eredi possono aggiungere al loro proprio possesso quello dell'antecessore; in guisa però che l'erede continui il possesso come era incominciato dall'antecessore. Così se questi era nella *conditio usucapiendi*, il successore possederà per l'usucapione, quand'anche fosse di mala fede (c). Se poi l'antecessore non era in quella buona condizione, non solo non avrà luogo l'accessione del possesso, ma nè la propria buona fede gioverà al successore per cominciare un novello possesso (d).

(a) L. 12. C. de praescr. l. t. (7. 33.). — Nov. 119. c. 8. De exceptione decennii definire nobis placuit, ut, si quis in dicta temporalibus decennii praescriptione aliquot annis praesens, quibusdam vero absens sit, tot alii anni ad decennium illi addantur, quot per decennium absens fuit. Haec vero omnia, quae de temporalibus praescriptione definivimus, non in praeteritis, sed in futuris, et illis tantum negotiis ac rebus obtinere iubemus, quae hanc legem sequuntur.

(b) L. 13. §. 4. de poss. (41. 2.). — §. 13. Inst. h. t. Inter venditorem quoque et emptorem coniungi tempora divi Severus et Antoninus rescripserunt. — L. 2. §. 16. 20. pro emptor. (41. 4.). — L. 11. C. de praescr. l. t. (7. 33.). — L. un. C. de usuc. transf. (7. 31.).

(c) §. 12. Inst. de usucap. h. t. (2. 6.). Diutina possessio, quae prodesset coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum esse: quod si ille initium iustum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continentur. — L. 43. de usurp. (41. 3.). — L. 2. §. 19. pro empt. (41. 4.).

(d) L. 11. C. (7. 32.). Arcad. et Honor. Vitia possessionum a maioribus contracta perdu-

Diritto romano.

b) Anche il successore singolare può aggiungere al proprio possesso quello dell'antecessore; ma per lui non corrono le medesime regole del successore universale. Bisogna anzi che vi siano i seguenti requisiti: il successore deve trovarsi egli stesso nella condizione di usucapire, onde richiedesi da parte sua il giusto titolo e la buona fede (e); ed in secondo luogo anche l'*auctor* dev'esser stato nella stessa condizione (f); la differenza rilevante che vi esiste in questo rapporto col successore universale è, che pel singolare non si ammette l'accessione del tempo in caso di mala fede del precedente proprietario, se l'*auctor* manca dalla *conditio usucapiendi*, ma potrà incominciare da sè un nuovo possesso; mentre pel successore universale è esclusa in questo caso assolutamente l'usucapione. Finalmente è mestieri che il possesso sia trasmesso immediatamente al successore singolare, senza che vi sia stato interruzione di un'altra persona che avesse posseduto; e qui ancora evvi un'altra differenza con il successore universale; poichè mentre a questi una *vacua possessio*, come una *hereditas iacens*, non nuoce (g), nel singolare successore è richiesto che non vi sia neppure questa, ma è assolutamente necessario che egli succeda immediatamente all'*auctor*. Questa accessione fu introdotta da Severo ed Antonino (h).

Oltracciò il successore non solo può aggiungere al suo possesso quello dell'antecessore, ma ancora quello dell'antecessore di quest'ultimo (i), ed anche quello del temporaneo possessore; come ad esempio, se vi è un possesso sotto condizione risolutiva, avvenuta questa, esso va in accessione a colui cui passa l'oggetto (k).

rant, et successorem auctoris sui culpa comitatur. — L. 11. h. t. (44. 3.). — L. 4. C. de usuc. pro hered. (7. 29.). — Ved. not. prec.

(e) L. 15. §. 1. — L. 16. de div. temp. praescr. (44. 3.). — L. 2. §. 17. pro emt. (41. 4.). *Paul.* Si eam rem, quam pro emptore usucapiebas, scienti mihi, alienam esse, vendideris, non capiam usum.

(f) L. 37. de act. emt. vend. (19. 1.). *Paul.* Sicut aequum est, bonae fidei emptori alterius doium non nocere, ita non est aequum, eidem personae venditoris sui doium prodesse. L. 13. §. 1. 13. de acq. poss. (41. 2.). — L. 5. de div. temp. praes. (44. 3.). — L. un. Cod. de usuc. transform. (7. 31.). — conf. L. 177. de R. I. (50. 17.).

(g) L. 31. §. 5. de usurp. (41. 3.). — V. auc. L. 30. pr. quib. caus. mai. (4. 6.). — L. 40. 44. §. 3. de usurp. (41. 3.). — L. 6. §. 2. pro emt. (41. 4.).

(h) §. 13. Inst. de usuc. (2. 6.). — Ved. not. (b). — L. 15. §. 1. h. t. (44. 3.). *Venul.* Accessio possessionis fit non solum temporis, quod apud eum fuit, unde is emit, sed et qui ei vendidit, unde tu emit. Sed si medius aliquis ex auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio proderit, quia coniueta non est, sicut nec ei, qui non possidet, auctoris possessio accedere potest.

(i) L. 15. §. 1. 2. de div. temp. praes. (44. 3.). — Ved. not. prec.

(k) L. 13. §. 2. de acq. poss. (41. 2.). *Ulp.* Praeterea quaeritur, si quis hominem venditori reddibuerit, an accessione uti possit ex persona eius. Et sunt, qui putant, non posse, quia venditionis est resolutio, reddibitio; alii emptorem venditoris accessione usurum, et venditorem

ANNOTAZIONE

La teorica dell' *accessio possessionis*, che troviamo nella legislazione giustiniana nella sua applicazione rispetto al successore universale ha dato motivo ad una questione di grande rilievo, non essendo tra' giureconsulti moderni ancora definito, se, perchè il successore universale si trovi dal possesso del suo antecessore, sia o no necessaria da parte sua l' *apprehensio* delle cose ereditarie. È questa una questione che ha occupato seriamente i civilisti francesi, i quali si sono sforzati a rintracciare la origine della famosa formula: *le mort saisit le vif*, esistente già nelle consuetudini di Parigi, che nelle leggi de' Franchi, come il *Pardessus*; chi nel lavoro de' giuristi, che l' hanno addirittura inventata in odio alla feudalità, come il *Troplong*; chi nel diritto germanico, ecc. Noi, come è naturale, lasceremo quei valentuomini, e chi li segue, tranquilli nelle loro dotte ed erudite investigazioni, e, se abbiamo ricordato questa controversia, è stato per far rilevare che dopo queste discettazioni si è venuto da alcuni nella convinzione, che, se per diritto moderno l' erede continua incondizionatamente il possesso incominciato dall' antecessore, per diritto romano invece, per aversi quest' effetto, era necessario la presa in possesso da parte dell' erede; ed è tale un convincimento cotesto, che non ci si manderà buona dai civilisti d' averlo messo in dubbio. I romanisti al contrario (almeno quelli, che si trovano faccia a faccia col diritto romano, e non lo riguardano a traverso dei criterii affatto moderni) la pensano diversamente; e tra essi su questo argomento vi è animata controversia sì, che in tre pareri è divisa la moderna scuola, perchè gli antichi non credo se ne siano gran fatto occupati. Alcuni giureconsulti adunque sono di avviso che il caso, se non quello determinato nella formula, *il morto impossessa il vivo*, che può avere maggiore estensione, almeno, come lo disse il *Tiraquel-lo*, che ci pare più definito per la nostra questione: *mortuus facit vivum possessionem sine ulla apprehensione*, fosse proprio una conseguenza dei principii del diritto romano (l). Altri tutt' all' opposto credono che sia necessaria l' *apprehensio* dell' erede, anche quando il tempo per l' usucapione sia decorso al tempo della *hereditas iacens* (m). Finalmente una terza opinione, conciliando le due prime, afferma non esservi bisogno della presa in possesso dell' erede, se il tempo fosse compiuto prima dall' *aditio hereditatis*; ma se vi resta ancora qualche altro tempo, l' erede prima dell' *apprehensio* non si potrà giovare dell' *accessio possessionis* (n).

A voler essere fedeli coi principii del diritto romano, ci pare essere più conforme al vero la prima delle tre opinioni. Imperocchè è indiscutibile che il principio che regola la universale successione è la trasmissione della personalità del defunto in quella dell' erede, che ne resta investito sì, da mettersi nelle stesse condizioni giuridiche del suo antecessore, in guisa che tra questi e quello vi è una *unitas personarum*; quindi segue che, come nelle altre cose, l' erede continua il possesso dell' antecessore come se da principio avesse egli stesso incominciato a possedere (o). Così si

emtoris; quod magis probandum puto.—L. 19. de usur. (41. 3.). — L. 6. §. 1. de div. temp. praescr. (44. 3.).

(l) Ved. *Vangerow*, §. 322.—*Arndts*, Pand. §. 161. — *Ihering*, de poss. hered. Berol. 1842.

(m) *Unterholzner*, Praescr. I. §. 133.

(n) *Puchta*, Pand. §. 156. not. (l).

spiega perchè la mala fede dell'erede non nuoce all' usucapione (p); e ciò non è che sotto altra forma la conferma della regola: non ostare all'usucapione la *mala fides superveniens*. Anzi illogico ci sembrerebbe il contrario; se fosse veramente necessaria la presa in possesso da parte dell'erede, il che tradotto in altre parole, equivarrebbe a questo: se fosse necessario che l'erede acquistasse egli prima il possesso, e quindi congiunga al proprio quello dell'antecessore, non ci sapremmo sufficientemente spiegare, perchè non debba nuocere la mala fede dell'erede; imperocchè, non acquistandosi il possesso *solo corpore*, non si potrebbe prescindere dagli elementi subbiettivi dell'acquirente, ciò che realmente avviene per il successore singolare, per cui è indispensabile l'*apprehensio*. Almeno nel diritto giustiniano è a chiare note consacrato, e Giustiniano parla sempre di continuazione di possesso assolutamente, senza limitazione..... « Ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, » quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia » licet ex titulo lucrativo ea coepta est (q) ». Nelle Pandette non è men chiaramente detto nella legge 31. §. 5. De usurp. « Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem, vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit ». L'unica limitazione richiesta, se pure si potesse chiamare limitazione, è, che tra il possesso dell'erede e quello del defunto non vi sia una presa in possesso da parte del terzo (r).

La seconda opinione è del tutto erronea, e a volere da quella tirare una rigorosa conseguenza, si direbbe che, se dopo compiuta l'usucapione durante la *hereditas iacens*, un altro s'impossessi della cosa prima dell'adizione della eredità, questo fatto impedirebbe la efficacia di quella usucapione già compiuta durante l'eredità giacente. Tuttociò è contrario alle leggi; infatti Pomponio nella legge 6. §. 2. *pro emt.* così si esprime: « Post mortem eius, qui hominem emerit, expleto tempore, » quod defuisset ad usucapionem, *quamvis eum hominem heres possidere non coepisset*, fiet tamen eius; sed ita hoc, si nemo eum possedisset (s) ».

I testi che Unterholzner allega in sostegno della sua opinione è la L. 13. §. 4. *de acquir. possess.*, e la L. 30. §. 5. *cod.* La prima così si esprime: « Quaesitum est, » si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat? Et quidem in » emtoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, » quoniam plenius est ius successionis, quam emtionis; sed subtilius est, quod in » emtorem, et in heredem id quoque probari ». Indipendentemente del modo incerto come Ulpiano afferma la interruzione del possesso, è da fare attenzione alle leggi delle Pandette che parlano dell'*accessio possessionis*; poichè era questa una teoria che al tempo aureo della romana giureprudenza era applicata all'*interdictum utrobi*, nel quale colui vinceva, che avesse posseduto la maggior parte dell'anno con facoltà di congiungere al proprio il possesso dell'antecessore; alcuni frammenti, che s'incontrano nelle Pandette, a giudizio di quasi tutti i giuristi moderni,

(o) L. 30. *pr. ex quib. caus.* (4. 6.). — *Paul.* . . . ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint; *quia possessio defuncti quasi iuncta dependit ad heredem, et plerumque non dum hereditate adita completur.*

(p) §. 12. *Inst. de usucap.* (2. 6.). — *Ved. not.* (c).

(q) L. un. C. *de usuc. transf.* (7. 31.). — *Ved. not.* (c).

(r) L. 20. *de usurp. l. avol.* *Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nullo possessa est.* — L. 6. §. 2. *pro emt.* (41. 4.).

(s) *Ved. L. 31. §. 4. de usurp.* sopra riportata.

sono relativi all'*interdictum* anzidetto; la loro accettazione è giustificata, in quanto che i principii dell'*accessio temporis* in gran parte furono adattati all'usucapione; ma segnatamente i §§. 1. 4. 5. della legge 13. cit. ed il §. 3. della L. 14. *de divers. temp. praescr.* (44. 3.), sono esclusivamente relativi all'*interdictum utrubi*; altrimenti o non ci darebbero alcun significato, o uno molto problematico. Ora il testo trascritto allegato da *Unterholzner* è appunto uno di quelli, ed infatti ci darebbe un significato poco in armonia col principio determinato da Giustiniano nel §. 12. *Inst.* riportato nella nota (c), in cui nel caso dell'erede universale si parla di continuazione di possesso, e nella legge frammento di Paolo. L. 31. §. 4. in cui per lo stesso caso si parla di *tempus vacuum*, mentre non sapremmo vedere in che consista in questo caso una interruzione di possesso; mentre relativamente all'*interdictum utrubi* è chiaro abbastanza, quando si considera l'indole dell'interdetto *utrubi*, ch'è *retinendae possessionis*.

Non è affatto strana la interpretazione de' Glossatori, i quali certamente non eran preoccupati da questa questione; essi intendevano quel §. della legge 13. in questo senso: la questione che si propone Ulpiano è, se l'erede non possedesse per il primo, ossia se prima di lui un altro si fosse messo in possesso della cosa posseduta dall'antecessore, potrebbe egli giovare del possesso del defunto? Ora in questo senso è spiegabile tutto ciò che segue, ed è ancora spiegabile la interruzione del possesso, perchè un altro se n'era impossessato (t).

La legge 45. §. 1. non è allegata con maggiore felicità, anzi è del tutto fuori proposito; imperocchè Papiniano, supponendo il caso in cui il servo dopo la morte del padrone avesse preso possesso di alcuna cosa, soggiunge: *Quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?* Mentre per noi il caso era l'inverso, cioè se il defunto avesse incominciato a possedere; il responso di Papiniano difficilmente sarebbe stato in questa supposizione secondo l'opinione di *Unterholzner*.

La opinione conciliante del *Puchta* non mena ad un migliore risultato, la L. 30. §. 5. *de acquir. poss.*, che pare sia l'unico sostegno di quella opinione, è concepita in questi termini: « Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retinere animo possessionem possumus, adipisci non possumus. Sed quod pro emtore possideo, per colonum usucapiet etiam heres meus ». Questo frammento è in opposizione manifesta con il frammento 31. §. 5. *de usurp.*, riportato innanzi; e si noti, che sì l'uno che l'altro sono di Paolo e tratti dalla medesima opera *ad Sabinum*. Però nel frammento ora riportato va notata una circostanza, che non è nell'altro, e che ci mena in un altro ordine d'idee.

Nella L. 30. si suppone un antecessore, che possedendo per mezzo del colono, morendo, il possesso è trasmesso al successore universale, mentre nell'altra è lo stesso antecessore che possiede. Questa circostanza diversa, ci mena alle regole dell'acquisto del possesso per via di rappresentante. È inutile ricordare che oltre degli elementi subiettivi ed obbiettivi del *dominus* e del rappresentante, v'ha bisogno di un certo vincolo giuridico tra l'uno e l'altro; però, quando tale vincolo non è in nessun modo determinato relativamente al possesso, esso, anche in altro modo esistente non è sufficiente per stabilire il possesso per rappresentante: così possiamo allegare ad esempio proprio la L. 30. §. 5., in questione. Il locatore, che ha il possesso giuridico della cosa locata, muore, con l'*aditio haereditatis* è trasmesso all'erede il

(t) Ved. Glos. ad leg. 13. §. 4. de acq. poss.

vincolo obbligatorio, ma non il possesso; perchè egli lo acquistasse vi bisogna da parte sua un atto, per mezzo del quale ripristinasse quel rapporto giuridico tra lui ed il colono, il quale addivenga suo rappresentante; se non ci fosse questa circostanza e l'antecessore avesse posseduto non per mezzo del colono, non vi sarebbe stato bisogno di un acquisto, non essendovi rapporto giuridico da determinare con terze persone (u). In conchiuisione il diritto romano non riconosce la necessità dell'*apprehensio* dell'erede per giovargli del tempo dell'antecessore, se non nel caso or ora riportato, cioè nella trasmissione di un possesso, che dall'antecessore si avea per via di rappresentante, e ciò per le regole sull'acquisto del possesso per procuratore, e non generalmente come voleva il *Puchla*; in tutto il resto il successore universale con l'*aditio haereditatis* continua il possesso del defunto.

§. 169.

2) Interruzione della usucapione.

Winkler. de interruptione usucapionis et praescriptionis, Lips. 1893.

L'usucapione è interrotta naturalmente con la perdita del possesso (*usurpatio*), e però le regole della perdita del possesso sono applicabili a questa teoria (§. 153.) (a), se il possesso si acquista nuovamente comincia una novella usucapione, per la quale non possono valere le condizioni del primo possesso (b).

Il produrre un'azione di proprietà contro colui che possiede non interrompe l'usucapione; ma certamente questo non gli giova se viene condannato, poichè qualora compia l'usucapione dopo la *litis contestatio*, riconosciuto ch'è il diritto del suo avversario, egli sarà obbligato alla restituzione dell'oggetto (§. 92. pag. 391.). Quanto alla protesta, valendo essa come una *litis contestatio*, non può avere importanza maggiore di questa (c).

(u) *Savigny*, possesso §. 26.

(a) L. 2. de usurp.: *Paul.* Usurpatio est usucapionis interruptio; oratores autem usurpationem frequentem usum vocant. — L. 3. eod. *Gai.* Naturaliter interruptitur possessio, quum quis de possessione vi deicitur, vel alicui res eripitur; quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interruptitur possessio, sed adversus omnes; nec eo casu quidquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit necne, ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa.

(b) L. 13. §. 2. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si quis bona fide possidens, ante usucapionem amissa possessione, cognoverit, esse rem alienam, et iterum nascantur possessionem, non capiet usu, quia initium secundae possessionis vitiosum est. — L. 7. §. 4. pro emt. (41. 4.).

(c) L. 2. §. 1. C. de ann. exc. (7. 40.). *Iustinian.* Sin autem abfuerit vel praeses, vel episcopus, vel defensor, liceat ei proponere publice ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione, vel si civitas tabularios non habet, cum trium testium subscriptione; et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta, vel quadraginta annorum sit.

Si badi per altro a non confondere l' interruzione dell' usucapione con la sospensione (*praescriptio quiescens s. dormiens*), la quale avviene nei seguenti casi:

1) quando l' oggetto viene nelle mani di una persona, la quale in rapporto alla usucapione è una persona privilegiata (§. 166.);

2) qualora la cosa acquisti tale qualità che la sottragga all' usucapione (§. 166.), eccetto quando il *vitium rei* va congiunto con una interruzione di usucapione p. e. quando una cosa addivene *furtiva* o *vi possessa*;

3) qualora l' azione dell' attore incontri un *impedimentum iuris*, come ad esempio fino a quando i materiali stanno nell' edificio dell' altro: come ancora pei tre mesi che l' erede, il quale accettò l' eredità col beneficio dell' inventario, ha per compilare quest' inventario (d).

§. 170.

B. Dell' usucapione straordinaria.

Pohl, de origine atque fatis praescript. longiss. temp. usque ad Inst. L. 1779. — *Koch*, de praescr. longiss. temp.

L' usucapione straordinaria si compie con un possesso civile non interrotto di 30, ed alcune volte di 40 anni.

Si richiede solamente che il possesso avesse cominciato con buona fede; però il possessore in questa circostanza non ha bisogno di provare, come nella usucapione ordinaria, il giusto titolo, e per conseguenza anche la buona fede (a).

(d) L. 22. §. 11. C. de iur. delib. (6. 30.).

(a) L. 8. pr. §. 1. C. de praescript. XXX. vel XL. su. (7. 39.). *Iustinian*. Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuicumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus. Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. §. 1. Quodsi quis eam rem desiderit possidere, cuius dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsiis est, praedictam auxilium non iudicaret, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenerit, simili possit uti praesidio; si vero mala fide eam adeptus est, indignum eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsiis est, commodum detentionis sibi acquirat. Sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum, ab iniusto detentore eam vindicare, non obstante ei, quod prior possessor triginta vel quadraginta annorum exceptione eum removerat, nisi ipse iniustus possessor triginta vel quadraginta annorum, ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui eiecit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est.

Sono sottoposte all'usucapione straordinaria le cose sottratte dall'ordinaria, eccetto le cose *extra commercium*, e quelle che non si possono rivendicare, perchè osta un impedimento legale, come le cose dotali, i *tigna aedibus alienis iuncta*, e le cose pertinenti al peculio avventizio regolare.

L'usucapione straordinaria comincia a decorrere non appena è nata l'azione rivendicatoria il che è diverso dall'ordinaria; così se il possesso viene acquistato per mezzo di procuratore, per decorrere il tempo dell'usucapione ordinaria si vuole la conoscenza del principale possessore, ma per la straordinaria è sufficiente senz'altro che il procuratore abbia preso il possesso.

Alcune cose non soggiacciono che alla prescrizione di 40 anni; come i beni delle chiese e dei corpi pii, i beni patrimoniali del principe, e quelle cose sulle quali fu cominciato il processo e poscia abbandonato (§. 87.).

B. Acquisto derivato.

§. 171.

Della tradizione.

Per trasmettere la proprietà ad altri con atto tra vivi, non è sufficiente, secondo i principii del diritto romano, la mutua dichiarazione di volontà di colui che trasferisce e dell'acquirente; ma bisogna alla convenzione far seguire la tradizione del possesso; onde è chiaro la proprietà non si acquista col semplice contratto.

Affinchè si possa efficacemente trasferire la proprietà per tradizione, si richiede che:

1) il tradente sia vero proprietario dell'oggetto che vuol trasferire, ovvero ne sia legalmente incaricato dal proprietario (a), sia per mezzo di un atto come il procuratore, o per autorizzazione legale come il tutore o curatore; o sia il giudice nelle esecuzioni giudiziali o finalmente il fisco, in quanto può trasmettere una cosa altrui, non avendo il proprietario che una semplice azione personale (b).

(a) L. 9. §. 4. L. 46. de acq. rer. dom. (41. 1.). *Gai. Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate eius aliquis. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio ab eo, qui peregre proficiscitur, permissa fuerit, et si ex negotiis rem vendiderit et tradidit, facit eam accipientis.*— pr. §. 1. Inst. quib. alien. (2. 8.).— §. 42. 43. Inst. de div. rer. (2. 1.).

(b) L. 15. de re iudic. (42. 1.). — L. 2. C. de quatr. praescript. (7. 37.).

2) Che il proprietario abbia la facoltà di disporre.

3) L'acquirente bisogna che abbia egli stesso il possesso, ovvero che lo conseguisca per mezzo del procuratore, e specialmente con la volontà del proprietario trasferente, o di colui che trasferisce l'oggetto in nome del proprietario (c) (§. 152.). Se l'acquirente avesse avuto fino al momento dell'acquisto il possesso sull'oggetto, egli non attende altro che gli si dia il diritto di proprietà (*traditio brevi manu*) (d); se invece l'oggetto è nelle mani di un terzo, il proprietario potrà concedere all'acquirente la facoltà di procurarsene egli stesso il possesso, cedendogli le azioni di proprietà, ed in questo caso la proprietà è acquistata quando veramente ha conseguito il possesso (e).

4) Il conseguimento del possesso dev'essere accompagnato dalla intenzione del tradente di trasmettere il diritto di proprietà, e dell'acquirente di acquistare la proprietà (f). A questo proposito è ancora da osservare che la volontà di entrambi debba essere diretta all'oggetto che si trasferisce (g).

5) Alla volontà di trasferire il diritto di proprietà va congiunto un atto che forma la *causa traditionis*, come una donazione, l'adempimento di una obbligazione, ovvero l'intenzione di fondare una obbligazione (h): per la qual cosa la proprietà di un oggetto non può essere trasferita in quelle circostanze in cui una di quelle cause di tradizione incontra un ostacolo legale, e perciò bisogna che la causa *traditionis* sia *iusta* (i).

(c) L. 5. 33. de poss. (41. 2.). *Paul.* Si ex stipulatione tibi Stichum debeam, et non tradam eum, in autem nactus fueris possessionem, praedo es. Aequè si vendidero, uec tradidero rem, si uou voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emtore possides, sed praedo es.

(d) §. 44. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 9. §. 5. L. 21. §. 1. de acq. rer. dom. (41. 1.). — L. 46. de rei viud. (6. 1.). ved. §. 151. not.

(e) L. 21. 47. de rei viud. (6. 1.). *Paul.* Haec, si res praesens sit; si absens, tunc, quum possessionem eius possessor nactus sit ex uoluntate auctoris. Et ideo non est alienum, non auctor litem aestimari a iudice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem eius rei non traditum iri. — L. 13. C. de distr. pign. (8. 27.).

(f) §. 40. de div. rer. (2. 1.). — L. 9. §. 3. de acq. rer. dom. (41. 1.). — L. 35. de O. et A. (44. 7.). *Iacobi.* In omnibus rebus, quae dominium transferuntur, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam siue ea venditio, siue donatio, siue conductio, siue quae libet alia causa contrahendi fiat, nisi animus utriusque consentit, perducit ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

(g) L. 2. §. 6. pro emtor (41. 4.). *Paul.* Quum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est; Priscus sit, usu me enim non capturum, quia id, quod emtum non sit, pro emtore uscapi non potest.

(h) L. 63. §. 4. ad SC. Treheil. (36. 1.). — §. 41. Inst. de rer. div. (2. 1.). Sed si quidem ex causa donationis, aut dotis aut quolibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.

(i) L. 3. §. 18. L. 36. pr. de pon. int. vir. et uxor. (24. 1.). *Ulp.* In donationibus autem in re civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut si quidem extet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum

L'effetto giuridico della tradizione non viene però impedito quando si operi dolosamente la consegna; ovvero quando i due contraenti avevano in mente una diversa convenzione tendente però entrambe a trasmettere la proprietà; ovvero quando il tradente perde la proprietà, ma può ripeterla mediante un' azione personale.

6) La volontà del proprietario a trasmettere la sua proprietà può esser data condizionatamente, sicchè l'acquirente acquisterà definitivamente il diritto di proprietà avvenuta la condizione secondo le regole stabilite (§. 52.). Nella tradizione per vendita, secondo una disposizione di legge, è sottintesa la condizione esser nulla la vendita, se il compratore non paghi o non ne assicuri efficacemente il prezzo stabilito (k).

ANNOTAZIONE

L'errore nella tradizione allora solamente impedisce il trasferimento della proprietà, quando riguarda l'*animus dominii transferendi* o *acquirendi*: così quando vi è errore sulla identità dell'oggetto (l), o sullo stesso diritto di proprietà, come se un mandatario trasmetta per mandato la cosa propria, credendola del suo mandante, l'alienazione per tradizione in questo caso non ha effetto: *nemo errans rem suam amittit* (m).

Quest' ultimo principio di una chiarezza incontrastabile pare che fosse in contraddizione con la L. 49. *mandati* (17. 1.), la quale insegna: « Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam ». L'interpretazione comune mena a negare la regola generale, ammettendo che in questo caso l'errore non fa ostacolo al trasferimento del diritto di proprietà, e che solamente allora la tradizione dovrebbe essere inefficace, quando vi è un errore *in corpore*, ossia nel caso, secondo essi, della legge 35. cit., che suppone avere il procuratore confuso due diversi obbietti e trasferito il suo invece di quello del mandante (n).

factus est. L. 6. *Gai.* quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut iniusta causa retinere intelligitur; ex quibus causis conditio nasci solet. — L. 1. §. 2. pro donato (41. 6.). — *Ulp.* XIX. 7.

(k) L. §. 41. *Inst. de div. rer.* (2. 1.). — L. 19. 53. *de contr.* (18. 1.). *Pompon.* Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.

(l) L. 34. pr. *de acqu. poss.* (41. 2.). — L. 2. §. 6. *pro emt.* (41. 4.). *Paul.* Quam Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est; Priscus ait, usu me eum non capturum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest. Sed si fundus emptus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes.

(m) L. 35. *de acq. rer. dom.* (41. 1.). *Ulp.* Si procurator meus, vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab iis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. — *Confr.* L. 3. §. 8. *de condict. caus. dat. caus. non secuta* (12. 4.). — L. 15. §. 2. *de contr. emt.* (18. 1.).

(n) *Thibaut*, Saggi II. p. 118. — *Savigny*, Sist. III. pag. 353. not. 6. — *Glück*, VIII. pag. 112.

Quest'interpretazione dà un risultato probabile, ma bisogna convenire che nella legge 35. dovrebbe supporre qualche cosa, che non pare vi fosse: e solo, non essendo possibile altra via per conciliare due passi, sarebbe da accettare la comune opinione. È possibile nondimeno un'altra interpretazione senza mettervi nessun presupposto. Nel frammento 49. *mand.* si esamina il caso, che il mandatario vende una cosa propria, che crede del suo mandante, e si determina solo, che il mandatario, indipendentemente dall'errore, è legato da un simile contratto; egli non potrà rivendicare l'oggetto medesimo, perchè naturalmente incontra l'*exceptio rei venditae et traditae*. Per la qual cosa Marcello in questo passo non dice che dal procuratore si perde il diritto di proprietà, ma afferma solamente che a causa di un contratto per lui obbligatorio (il contratto di vendita) non sia efficace la *rei vindictio*. Al contrario nella legge 35. non si fa parola di un simile contratto per lui obbligatorio, ma solamente di una fatta tradizione, come quando lo stesso proprietario avesse conchiuso il contratto di vendita, e la tradizione fosse stata fatta dal mandatario; in questo caso la rivendicazione dell'oggetto può avere tutto il suo valore, non potendosi temere una *exceptio rei venditae et traditae* (o).

Se l'errore cade sull'atto giuridico, dal quale dipende la tradizione, questa sarà inefficace, quando il tradente o l'acquirente hanno in mente un atto, pel quale non possa acquistarsi la proprietà, p. e. uno ha in mente una donazione, l'altro un comodato. Se al contrario entrambi hanno in mente due atti differenti, ma che tutti e due valgono a trasmettere ed acquistare la proprietà, la tradizione avrà effetto, qualunque entrambi fossero erronei, giusto perchè da entrambe le parti vi è l'*animus dominii transferendi et acquirendi*; si comprende per altro che in questo caso si può ottenere la restituzione dell'oggetto per mezzo di una *condictio sine causa*. A questo proposito così si esprime Giuliano nella legge 36. *de acq. rer. dom.*: « Nani » et si pecunia numerata tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipies, » constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam » dandi atque accipiendi dissensimus ». A questa legge pare che contraddica la L. 48. *de reb. cred.* (12. 1.), nella quale Ulpiano così si esprime: « Si ego pecuniam » tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuas accipies, Iulianus scribit, donationem » non esse sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque numos » accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet » conductione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem » tem dantis nuni sunt consumti ». Fino ad oggi qualunque tentativo per concordare questi due passi è stato poco soddisfacente. Bisogna convenire con molti antichi e moderni giuristi, che questo caso fosse controverso presso gli antichi Romani (p). È ammesso generalmente che la legge di Giuliano sarebbe da ritenersi in presenza, non perchè fosse stata una svista de' compilatori di accettare nelle Pandette il frammento di Ulpiano, ma perchè la legge 36. cit. tratta *in terminis* di questo caso, e fu messa appositamente nel titolo *de acquirendo dominio*; mentre la legge 48. di Ulpiano esamina più da vicino la questione sulla esistenza della donazione e del mutuo (q).

(o) Ved. *Donell. com. iur. civ.* IV. c. 16. §. 6. — *Giphani*, lect. Altdorff. ad leg. 35. cit. — *Mühlenbruch*, cessione pag. 130. — *Puchta*, recitazioni I. pag. 446.

(p) *Cujac.* ad leg. 18. cit. VII. p. 674. — *Branchu*, observ. dec. obs. XIX. p. 162. — *Puchta*, recitazioni, pag. 447. — *Heimbach*, teoria de' frutti, pag. 126.

(q) *Finnii*, select. quaest. II. 33. — *Averanii*, interpr. I. 17. — *d'Orville*, ad Leg. 36. de acqu.

III. Mezzi per tutelare la proprietà.

§. 172.

A. Della rei vindictio.

T. D. de rei vindicatione (6. 1.). — C. h. t. (3. 32.).

I. La *rei vindictio* è un' azione nascente dal diritto di proprietà, mercè cui il proprietario chiede la cosa propria da qualunque terzo possessore. E però quest' azione spetta al proprietario che non ha più il possesso della cosa contro il non proprietario possessore, possegga questi in nome proprio, o in nome altrui (a).

1) Non fa ostacolo all' azione essere la proprietà revocabile o irrevocabile, piena o meno piena; l' esercizio non è sospeso quando lo stesso diritto di proprietà dev' essere considerato come sospeso per qualche tempo (b).

L' azione può essere mossa contro ogni possessore; pure colui il quale possiede in nome altrui può liberarsene, nominando colui nel cui nome possiede (*nominatio, laudatio auctoris*) (1) (c). In alcuni casi l' azione può essere mossa anche contro chi non possiede, come contro colui il quale *dolo malo* si offre alla lite (*qui dolo malo liti se obtulit*), contro

rer. dom. et Leg. 18. de R. C. in thes. — *Oelrich*, vol. I. p. III. n.° 27. — *Teisterbants*, observ. et ement. c. 7. pag. 59. — *Regenbrech*, comm. ad Leg. 36. de acq. rer. dem. et Leg. 18. de R. C. Berol. 1820. — *Savigny*, Sist. IV. p. 138. — *Glück*, IV. p. 133. — *Vangerow*, I. §. 341.

(a) L. 23. de rei vind. (6. 1.): *Paul*. In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium acquisivit. — L. 9. eod. (6. 1.). *Ulp*. Officium autem iudicis in hac actione hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat; ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut *Pegasus*, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis, vel utrobi. Denique ait, ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse. — L. 1. §. 6. uti poss. (43. 17.).

(b) Ved. L. 1. §. 2. C. de ann. except. (7. 40.).

(c) L. 2. C. ubi in rem. actio (3. 49.). *Constant*. Si quis, alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat, sive in agro, sive in alia provincia sit, certo dierum spatio a iudice definiendo, eoque ad definitionem eius perducendo, vel ipse in loca, in quibus praedium situm est, perveniens, vel procuratorem mittens, actoris intentiones excipiat.

colui che dolosamente abbandona il possesso per rendere più difficile la condizione del proprietario (*qui dolo malo possidere desiit*) (d).

2) È obbietto dell'azione una cosa corporale determinata, ovvero una sua parte intellettuale, e, se si tratta di fondi, anche una parte materiale (*locus regionibus divisus*); ovvero ancora una *universitas rerum*, come una gregge (e). Se si volesse rivendicare una cosa che è unita con un'altra, la *rei vindicatio* dev'essere preceduta da altra azione diretta alla divisione (*actio ad exhibendum*) (f).

L'azione è diretta non solo alla cosa principale, ma ancora ad ogni accessorio. In rapporto ai frutti il possessore di buona fede deve restituire i frutti separati prima della *litis contestatio*, purchè *exstantes* e non consumati; dopo la contestazione della lite è obbligato alla restituzione dei frutti consumati, e ancora di quelli non percepiti per sua negligenza, salvo il diritto dei terzi; il possessore di mala fede è obbligato e prima e dopo la contestazione della lite alla restituzione di ogni specie di frutti, ossia anche di che quelli il proprietario avrebbe percepiti se fosse stato nel possesso del suo fondo (g).

La restituzione dell'oggetto reclamato deve eseguirsi immediatamente dopo la sentenza che afferma il diritto dell'attore, purchè il giudice non abbia stabilito un tempo più o meno lungo, e deve farsi nel luogo stesso; pure le cose mobili ad istanza dell'attore si possono domandare anche altrove, rimborsando le spese del trasporto, ovvero senza rimborso, quando il convenuto dolosamente le trasportò altrove (h).

(d) L. 23. 27. pr. §. 3. L. 36. pr. b. t.—conf. L. 13. §. 13. L. 25. §. 8. L. 45. de her. pet. (3. 3.). *Javolen.* Qui liti se obtulit, quum rem non possideret, condemnatur: nisi si evidētissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis seire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. — L. 131. 137. §. 1. de reg. iur. (30. 17.). *Paul.* Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.

(e) L. 1. §. 1. 3. L. 3. §. 2. L. 4. pr. L. 5. pr. L. 6. L. 8. L. 76. §. 1. b. t. *Ulp.* L. 1. §. 3. Per hanc autem actionem non solum singulae res vendicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vigesimo quinto scribit. Idem et de armento, et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficit ipsam nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; grex enim, non singula corpora vindicabuntur. — L. 6. *Paul.* Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam, an partem, et quotam petat; appellatio enim rei non genus sed speciem significat.

(f) L. 23. §. 5. b. t. — L. 6. ad exhib. (10. 4.). *Paul.* Gemma inclusa anro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest.

(g) L. 33. 33. 62. b. t. — §. 33. de rer. div. (2. 1.). — L. 22. C. b. t. — ved. §. 38. not. (g) e (h).

(h) §. 2. Inst. de off. iud. (4. 17.). — L. 10. 12. h. t. *Paul.* Si res mobilis petita sit, ubi restitui debet, scilicet si praesens non sit? Et non malum est, si bonae fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur; sed annuitibus petitoris, qui extra clivaria in iter, vel navigationem faciendi annuit. L. 11. *Ulp.* nisi si malit petitor suis impensis et periculo ibi, ubi indicatur, rem restitui; tunc enim de restitutione cum satisfactione cavebitur.

L'azione rivendicatoria dev' essere diretta sempre a reclamare l'oggetto stesso, non il surrogato; s' intende che potrà rivendicarsi il denaro, non ciò che con quel denaro fu comprato. Ma per alcune persone è data dalla legge la facoltà di produrre quest' *utilis rei vindicatio* così:

- a) ai soldati per l' oggetto comprato col loro danaro (i);
- b) a coloro che sono sottoposti a tutela (k);
- c) alla moglie per rivendicare l' oggetto comprato col denaro donato al marito, invece di muovere azione personale (l).

Se il convenuto non possa restituire l'obbietto, ovvero se vi è danno, con la medesima azione si può chiedere il risarcimento secondo i seguenti principii:

a) Se la cosa perì interamente anche prima di cominciare la lite, si può pretendere il risarcimento totale del danno dal *factus possessor*.

b) Nel caso medesimo bisogna distinguere il possessore di buona e quello di mala fede. Il primo non può a nulla essere obbligato prima della contestazione della lite, dopo, sarà responsabile di *omnis culpa* (m). Il possessore di mala fede è responsabile di ogni colpa prima della *litis contestatio*, dopo anche per il caso fortuito, quando la cosa non sarebbe perita presso l'attore, o questi avrebbe avuta occasione di alienarla prima che perisse; il ladro, sarebbe responsabile in ogni caso (n).

Se l' attore invece della cosa ne ha ricevuto il prezzo (*litis aestimatio*), ciò è da considerarsi come una vendita; eccetto quando il convenuto

L. 12. *Paul.* Si vero malae fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet. Si vero ubi eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit, illic restituere debet, unde subtrahit, sumtibus suis. — L. 11. §. 1. ad exhib. (10. 4.).

(i) L. 8. C. b. t. *Philip.* Si, ut proponis, pars diversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit, praeses provinciae, utilem vindicationem obtentu militiae tibi eo nomine impetiri desideranti, partes aequitatis non negabit. Idem mandati quoque, seu negotiorum gestorum actionem inferenti tibi iurisdictionem praebebit.

(k) L. 2. quando ex fact. tut. (26. 9.). *Ulp.* Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit, vel praedium in nomen suum emerit, utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam. L. 3. C. de arb. tut. (5. 51.).

(l) L. 53. de donat. inter. vir. et uxor. (24. 1.).

(m) L. 31. §. 3. L. 40. de her. pet. (5. 3.). — L. 43. b. t. *Ulp.* Si homo sit, qui post conventionem restituitur, si quidem a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo; debere etiam ceteros de culpa sua, inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.

(n) L. 13. 15. §. 3. L. 43. h. t. *Ulp.* Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non est praestandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distractus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari; nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esse lucratus. — L. 7. §. 2. L. 8. pr. §. 1. de cond. furti. (13. 1.). — *Ulp.* . . . semper enim moram fur facere videtur. — L. 30. §. 1. de iur. (12. 2.). — L. 13. pr. de hered. pet. (5. 3.).

sia condannato *quia liti se obtulit*, o *dolo malo possidere desiit*, poichè in questo caso rimane all' attore sempre la *rei vindicatio* contro il terzo possessore (o); pure se egli per qualunque altra via ebbe l'oggetto prima della condanna del convenuto, cessa la facoltà di chiederne il prezzo (p).

3) Circa alla prova l' attore deve chiaramente provare il suo diritto di proprietà; onde se l' acquisto fu originario, gli basta provare la causa dell' acquisto come l' occupazione, l' accessione, la specificazione, l' usucapione; se poi il suo acquisto è derivato, il solo titolo non basta sempre a provare la sua proprietà; bisogna spesso che provi il diritto di proprietà del suo *auctor*, e secondo le circostanze dell' antecessore di quest'ultimo, finchè non giunge a provare coi suoi antecessori di esser stato l' oggetto posseduto pel tempo necessario alla usucapione (q).

Oltracciò l' attore deve provare il possesso del reo convenuto, anzi può interpellare il convenuto stesso se posseggia: e qualora questi falsamente neghi, e sia convinto di dolo dall' attore, perde il possesso, e l' altro è dispensato dal provare il suo diritto di proprietà (r).

II. Da parte del convenuto possono esservi ragioni che o modificano la domanda dell' attore, o l' annullano affatto: esse prendono la forma di eccezioni. Ogni possessore, eccetto il ladro, può aver diritto d' essere risarcito delle spese fatte, secondo le regole generali stabilite su ciò. (§. 37.).

1) Il convenuto però non ha diritto di essere rivaluto dall' attore del prezzo, col quale comprò l' oggetto rivendicato (s); generalmente a lui non compete che l' azione per l' evizione contro il suo *auctor*; eccetto se il prezzo si versò a vantaggio dell' attore (t).

(o) L. 1. 3. pro emt (41. 4.). *Gai.* Possessor, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere.—L. 3. *Ulp.* Litis aestimatio similis est emtionis —L. 7. 46. 47. 69. 70. h. t. *Paul.* Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est, nihilominus a possessore recte petitur, sicut *Pedius* ait. — L. 13. §. 14. de hered. pet. (5. 3.).

(p) L. 13. §. 14. cit. (5. 3.). — L. 93. §. 9. de solut. (46. 3.). *Papinian.* Dolo fecisti, quo minus possideres, quod ex hereditate ad alium pertinente apprehenderas; si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit, quia nihil petitori interest; ceterum si tu ante conventus ex praeterito dolo praestiteris, nihil ea res possessori proderit.

(q) L. 20. de acq. rer. dom. (41. 1.).

(r) L. 36. pr. 80. h. t. *Furius Anthian.* In rem actionem peti non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere; ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario consideri, transferat ad se possessionem, licet suam esse non approbaverit.—conf. L. 27. §. 1. eod.

(s) L. 3. 23. C. h. t. *Dioetlet. et Maxim.* Si mancipium tuum per vim, vel per factum ablatum, alii ex ulla iusta causa distraxerant, vindicanti tibi dominium solvendi pretii nulla necessitas irrogetur.

(t) L. 14. 16. C. de praed. min. (5. 74.). *Dioetlet. et Maxim.*, ... Emtor autem, si probare potuerit ex ceteris facultatibus obedire te muneribus, sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumseras, doli exceptionis auxilio pretium cum usuris, quas praestitura esses, et sumtus meliorati praedii servare tandemmodo potest.

2) Una più importante eccezione può competere al convenuto, ed è l'*exceptio rei venditae et traditae*, ovvero *donatae et traditae* e simili: da molti genericamente addimandata *exceptio doli*. Quest'eccezione non bisogna cambiarla con l'*exceptio dominii*, la quale consiste o in una vera *litis contestatio negativa*, quando il convenuto nega recisamente il diritto di proprietà dell'attore, e afferma di avere acquistata la cosa da altro; ovvero consiste nell'estinzione del diritto di proprietà dell'attore, provando il convenuto che il diritto di proprietà sia stato a lui trasferito.

L'*exceptio rei venditae et traditae* invece è una vera eccezione, per mezzo della quale il convenuto senz'impugnare il diritto di proprietà dell'attore, per motivi di equità si suppone che egli non faccia uso della sua azione, sia perchè contrasse con lui un valido negozio diretto a trasmettere la proprietà, che per diritto rigoroso non poteva essere trasmessa, e quindi non può insorgere contro il fatto proprio, sia perchè deve l'attore riconoscere un'alienazione fatta da un altro.

I casi in che è data quest'eccezione sono:

a) Quando un non proprietario aliena una cosa, e poscia ne avviene veramente proprietario. Non perciò l'acquirente convalida il suo acquisto, ma per motivo di equità può distruggere l'azione dell'attore che nasce dal diritto rigoroso (u); o quando il proprietario sia poscia divenuto erede del venditore (v).

b) Quando un vero proprietario ha venduto e trasmesso un oggetto sotto una condizione sospensiva, *pendente conditione* egli è ancora proprietario; pure la sua azione rivendicatoria può essere invalidata per mezzo della suddetta eccezione (x).

c) Quando l'attore in qualità di creditore pignoratario abbia fatta la vendita di una cosa, ignorando affatto i suoi diritti di proprietà, l'azione che produce di poi è annullata da questa eccezione, o quando taluno per mandato di un altro abbia alienato una cosa, che ignorava di esser sua (y).

d) Quando il proprietario attore abbia contratto col convenuto affine di trasmettere la proprietà, senza aver fatta tradizione; e l'oggetto per

(u) L. 1. pr. L. 2. de except. rei vend. et trad. (21. 3.). Ulp. Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum. — L. 72. h. t. — L. 17. de evict. (21. 2.). — L. 4. §. 32. de dol. mal. exc. (44. 4.). — L. 14. C. h. t. (3. 32.).

(v) L. 1. §. 1. de exc. rei vend. et trad. (21. 3.). Ulp. Sed si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum. — L. 73. de evict. (21. 2.). — L. 14. C. de evict. (8. 43.).

(x) L. 8. cond. caus. dat. (12. 4.). — L. 7. §. 3. de iur. dot. (23. 3.).

(y) L. 10. de dist. pign. (20. 5.). Paul. Et si is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest; tamen non est audieundum creditorem, qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa quaestione movere. — L. 49. mandati (17. 1.).

altra via, ma *sine vitio*, sia venuto nelle mani del convenuto; l'eccezione *rei venditae* vale pienamente (z).

e) Quando nell'atto di vendita alcuno vi entrò mallevadore pel caso di evizione; se egli stesso voglia rivendicare l'oggetto, gli s'opporrebbe quest'eccezione (aa).

f) Finalmente l'*exceptio rei venditae* è anche data quando l'azione rivendicatoria è prodotta da colui, per cui mandato fu alienato l'oggetto (bb).

L'*exceptio rei venditae et traditae* si trasmette non solo a favore e contro del successore universale, ma del particolare ancora (cc). Essa non è valida quando l'atto giuridico, sul quale si fonda, per un qualunque motivo legale non è obbligatorio per l'attore (dd).

3) Ancora l'eccezione del convenuto può venire da un diritto reale ch'egli abbia sulla cosa dell'attore, come un diritto di pegno, di usufrutto o simigliante.

ANNOTAZIONI

(1) L'azione rivendicatoria, come si è veduto, può essere prodotta contro ogni terzo possessore, qualunque ne fosse il possesso; non è quindi necessario che il possessore sia civile. Per ordine di Costantino il possessore naturale di uno stabile ha insieme diritto ed obbligo di nominare colui, nel cui nome possiede, *laudatio auctoris* (ee); l'obbligo è verso l'*auctor*, in quanto che il convenuto si rende responsabile, se senza la *nominatio auctoris* sostiene da sè solo la lite; rispetto all'attore la *laudatio auctoris* è piuttosto un beneficio legale; giacchè, essendo il convenuto l'effettivo possessore, l'attore ha tutto il diritto di muovere contro lui la rivendicazione senza essere obbligato a ricercare se possegga nel proprio nome o nell'altrui.

(z) L. 1. §. 3. de excep. rei vend. (21. 3.). *Ulp.* Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit pactus, habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor iustam causam habeat, cur rem vindicet; nam etsi tradiderit possessionem, fuerit autem iusta causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur.

(aa) L. 11. C. de evict. (8. 43.). *Alexand.* Exceptione doli recte eum submovebis, quem ab auctore tuo fideiussorem accepisti; si eius nomine controversiam refert, quasi per uxorem suam, antequam tu emeret, comparaverit, qui venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit.

(bb) L. 1. §. 2. de excep. rei vend. (21. 3.). *Ulp.* Si quis rem meam mandato meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur, me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur. — L. 49. fin. mand. (17. 1.).

(cc) L. 3. de except. rei ven. (21. 3.). — *Hermog.* Exceptio rei venditae et traditae, non tantum ei, cuius res tradita est, sed successoribus etiam eius, et emtori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit; interest enim emtoris primi, secundo rem non evinci. §. 1. Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius, sive in eam duntaxat rem successerint. — L. 72. h. t. — L. 4. §. 32. de doli mali excep. (44. 4.).

(dd) L. 1. §. 5. de except. rei vend. (21. 3.). — ved. not. (z). — confr. L. 1. §. 2. 3. eod. — L. 32. §. 2. ad SC. Velleian (16. 1.).

(ee) V. *Lauterbach*, de nomin auct. in dirsert. academ. III. diss. 106.

Diritto romano.

Una certa differenza di opinioni, che mena naturalmente a diverse conseguenze, è nata dall'aver voluto in ciò riconoscere un obbligo del detentore rispetto all'attore. Nel caso che il possessore naturale usasse del diritto di nominare il suo autore, senza contesa sarà questi obbligato a prendere sopra di sé la lite: quindi se l'*auctor* si fa avanti, prenderà il posto del detentore; se è contumace, il detentore sarà obbligato alla restituzione dell'oggetto, e l'*auctor* può aiutarsi col produrre a sua volta una *rei vindicatio*. Ma se il detentore non fa uso del suo diritto circa alle conseguenze, tace l'ordinanza di Costantino; coloro, che ammettono l'obbligo del detentore alla *laudatio auctoris* anche rispetto all'attore, affermano, il possessore naturale dover essere considerato come un *fictus possessor*, *qui liti se obtulit*; e per conseguenza dover essere condannato non alla restituzione dell'oggetto, ma al valore dello stesso; di guisa che l'attore non sarebbe impedito di produrre la sua azione contro il vero possessore (civile) per conseguire l'oggetto. Tutta diversa è la conseguenza secondo la nostra dottrina: il possessore naturale, riconosciuto quale giusto convenuto in un giudizio di rivendicazione, dev'essere condannato alla restituzione dell'oggetto *cum omni causa*; ed il possessore civile per conseguire di nuovo l'oggetto, ha facoltà di produrre la rivendicazione, e anche l'azione di danno contro il detentore, che non ha adempito all'obbligo della *nominatio auctoris*.

(2) Se la proprietà è derivata, l'attore nel produrre la rivendicazione deve provare non solo il suo diritto di proprietà, ma ancora quello del suo antecessore, e secondo le occorrenze dell'autore di quest'ultimo. Una antica opinione, già combattuta nel medio evo e riprodotta negli ultimi tempi, nega che l'attore per l'acquisto derivato avesse obbligo di provare la proprietà dell'antecessore; afferma invece sufficiente la prova del titolo di acquisto. Quest'opinione ha persuaso naturalmente molti giuristi a negare che vi sia in diritto romano un'azione differente dall'*actio Publiciana* (ff).

Fondamento della rivendicazione è il diritto di proprietà, e questo dev'essere l'obbietto della pruova; quando l'acquisto è derivato, non si è trasferito che il diritto che il tradente avea sulla cosa; imperocchè « *traditio nihil amplius trasferre debet, vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert* » (gg), quindi nasce evidentemente che la proprietà dell'*auctor* entra per essenza nella pruova del diritto. La difficoltà di risalire per una serie infinita di trasmissioni, probabilmente oscurate dal tempo (*probatio diabolica*), è temperata dall'istituto dell'usucapione, e l'attore può cessare dalla prova, quando giunge a stabilirne in suo favore le condizioni necessarie. Oltracciò questa pruova difficilissima può anche cansarsi producendo l'azione Publiciana, per mezzo della quale si rivendica la cosa da colui che non possiede con giusta causa, ovvero producendo gl'interdetti possessorii.

Il *Thibaut* riconosce in generale che anche la proprietà dell'*auctor* entri rigorosamente nelle pruove dell'attore; ma d'altra parte per teoria di equità stabilisce non doversi obbligare l'attore ad una pruova tanto difficile da aver meritato il

(ff) *Thibaut*, Arch. di pr. civ. VI. 13.—*Unterholzner*, eod. VII. 13.—*De Falckenstein*, eod. X. 11.—*Schömann*, comp. II. p. 46.—*de Tiegerström*, diritto del possesso §. 4.—*Heimbach*, de domini probat. ex princ. iur. rom. quam. Saxon. Lips. 1827.

(gg) L. 20. de acq. rer. dom. (41. 1.).

nome di *diabolica*, ed esser sufficiente invece la pruova del giusto titolo di acquisto, il giusto titolo genera poi la presunzione che l'attore sia veramente addivenuto proprietario, e ciò secondo la legge 4. e 12. C. de prob. (4. 9.).

La difficoltà che naturalmente osta a questa teorica del *Thibaut* è, che in questo modo non si potrebbe distinguere l'*actio Publiciana* dalla *rei vindictio*; l'unica differenza che il *Thibaut* giunge a porre fra le due azioni consiste in ciò, che nella rivendicazione il convenuto sarebbe ammesso a provare che uno degli antecessori dell'attore non era proprietario, ciò che non potrebbe nella *Publiciana*.

I principii da noi stabiliti confutano abbastanza la teoria del *Thibaut*, tanto che anche egli è costretto a confessare essere la nostra opinione conseguenza necessaria e rigorosa. D'altra parte le leggi che stabiliscono una massima sopra un principio di equità, non devono mai rendere difficile la condizione di alcuna parte: in caso contrario l'equità che favorisce l'uno, farebbe ingiustizia all'altro, o almeno quella massima avrebbe sembianza di un privilegio. È appunto questo che avviene per la teoria di equità vagheggiata dal *Thibaut*: per equità si risparmia all'attore di provare il diritto dei suoi antecessori, e questo enorme peso, questa pruova *diabolica* si getta tutto sulle spalle del convenuto, onde per risultato la condizione del convenuto si rende immensamente più difficile di quella dell'attore.

Le leggi del Codice citate dal dotto giurista non trattano punto di questo caso, cioè del contenuto, ma semplicemente de' mezzi della pruova. Però la teoria del *Thibaut* non trovò seguaci, ed egli nel suo sistema, e propriamente nella settima edizione §. 566., e nell'ottava §. 707. la ritrattò.

A via di altri principii *Tiegerström* tenta stabilire la medesima teoria. Chiedere, egli dice, dall'attore la pruova della proprietà dei suoi antecessori è contraddire ad un principio fondamentale del diritto romano: l'ignoranza di questo punto, che l'antecessore non sia il vero proprietario, è sempre una *ignorantia facti alieni*, onde evvi ad applicare il principio che l'*ignorantia facti alieni non nocet*. Se si volesse accettare simile applicazione di cotesto principio, si dovrebbe venire necessariamente alla conseguenza, che quando l'attore fondasse la sua azione sopra un qualunque fatto non personale sarebbe liberato dall'obbligo della pruova, e il convenuto dovrebbe provare la non esistenza di quel fatto; così l'obbligo della pruova aggraverebbe il convenuto (hh).

§. 173.

B. Della Publiciana in rem actio.

T. D. de Publiciana in rem actione (6. 2.). — *Eckenberg*, de Publiciana in rem actione Lips. 1821. — *Guyet*, de Publiciana in rem actione, Heidelberg. 1823. — *Obrock*, de Public. in rem act. Gott. 1843.

L'azione *Publiciana* è un'azione reale data per analogia della *rei vindictio* al possessore di buona fede, che ha perduto il possesso, contro colui *qui inferiore iure possidet*, allo scopo di far riconoscere il suo possesso, e farsi restituire l'oggetto *cum omni causa*. In questa azione si

(hh) Ved. *Fangerow*, o. c. I. §. 332.

finge che il possessore abbia compita l'usucapione e quindi sia vero proprietario (a).

Circa all' obbietto, alla facoltà di produrla, e alle conseguenze quest' azione è perfettamente simile alla *rei vindicatio* (b). Una grande differenza vi è in riguardo alle pruove ed alla persona del convenuto.

1) Quanto alla pruova, mentre l'attore nella *rei vindicatio* deve provare il pieno diritto di proprietà, nell' azione publiciana è sufficiente, che provi di aver acquistato l' oggetto con giusta causa.

2) Quanto alla persona del convenuto, mentre la *rei vindicatio* può essere mossa contro ogni terzo possessore, l' *actio publiciana* dev' essere solo contro colui che possiede senza giusto titolo o con titolo peggiore; essa non può essere prodotta contro colui che possiede a titolo migliore, come il proprietario, nè contro colui il quale possiede a titolo eguale.

Generalmente per l' *actio publiciana* valgono le seguenti regole:

a) L' attore deve aver avuto il possesso dell' oggetto, e proprio il possesso con l' animo *rem sibi habendi* (c).

b) L' oggetto non dev' essere sottratto all' usucapione (d).

c) Il possesso deve venire da una *iusta causa possessionis* (e); e qui valgono le medesime regole dell' usucapione per ciò che riguarda il titolo putativo (f).

Solamente nel titolo *pro emptore* l' azione Publiciana ha un certo vantaggio sulla *rei vindicatio*, poichè mentre per l'usucapione, e quindi per la *rei vindicatio* devesi provare di essersi già pagato il prezzo della compra, nell' altra azione questa pruova non è obbligatoria (g).

(a) *Paul. L. 1. de Public. in rem act. (6. 2.): Ait Praetor; Si quis id, quod traditur ex iusta causa non a domino, et non dum usucaptum petet, iudicium dabo.*—§. 4. *Inst. de act. (4. 6.).* Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emtionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est; si eius rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam, quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse; quae actio Publiciana appellatur, quoniam primam a Publicio praetore in edicto proposita est. — L. 7. §. 6. h. t.

(b) L. 7. §. 4. 6. 8. h. t. *Ulp.* In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

(c) L. 1. pr. h. t., — ved. not. (a).

(d) L. 9. §. 3, h. t. *Paul.* Haec actio in his quae usucapi non possunt (puta, furtivis, vel in servo fugitivo) locum non habet. — L. 12. §. 4. eod.

(e) L. 1. pr. — ved. not. (a). — L. 3-7. pr. §. 1-7. L. 13. h. t.

(f) L. 3. 7. §. 24. L. 12. §. 2. h. t. *Ulp.* Marcellus libro septimo decimo Digestorum scripsit: quom, qui a furioso ignorans eum furere, emit, posse usucapere. Ergo et Publicianam habebit: §. 4. Si a minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet Publicianam.

(g) L. 8. h. t. *Gai.* De pretio vero soluto nihil exprimitur; unde potest coniectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.

Circa al possesso con giusto titolo e buona fede come primo fondamento dell'azione publiciana, è fatta dalle leggi eccezione pei casi, nei quali si può trasmettere il diritto di proprietà senza l'intermezzo del possesso: così pei legati e pei fedecommissi si ha anche diritto all'azione publiciana, purchè l'*actor* almeno fosse stato in possesso dell'oggetto (h).

Circa al convenuto il quale deve essere chi ha un titolo peggiore di possesso, abbiamo due temperamenti di somma importanza.

a) In tutti quei casi nei quali la *rei vindicatio* può distruggersi con l'*exceptio rei venditae et traditae*, con la generale *exceptio doli*, l'*exceptio dominii* che si opponga all'azione publiciana può essere rigettata per mezzo di una *replicatio doli, rei venditae et traditae*; ed in questo modo l'azione publiciana si rende valida anche contro il vero proprietario (i).

b) Similmente l'azione non può essere intentata contro colui il quale possiede con eguale titolo, ossia con giusto titolo e buona fede; ma in questo caso si fa una distinzione se entrambi ricavano il diritto dal medesimo *actor*, ovvero da diversi; nel primo caso colui può intentare con efficacia l'azione publiciana, che per tradizione ebbe prima il possesso, nell'altro si applica la massima *melior est conditio possidentis* (k).

Con l'azione publiciana però non si consegue, che il possesso di buona fede è non la proprietà: ben può essere usata anche dal vero proprietario, ma nella sentenza il giudice mai non afferma la proprietà, bensì il giusto titolo del possessore. Onde dopo la decisione il convenuto condannato potrà convenire l'attore vincitore del possesso con l'azione rivendicatoria, senza che l'altro possa opporre l'*exceptio rei iudicatae*: appunto perchè nella sentenza sull'*actio publiciana* si è provato solamente il possesso di buona fede, o altrimenti si è affermata solo una presunzione di diritto, e non un diritto pieno ed effettivo.

(h) L. 12. §. 1. h. t. *Paul.* Is eni ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, nti potest Publiciana. — confr. L. 1. §. 2. L. 11. §. 2. h. t.

(i) L. 72. de rei vind. (6.1.). *Ulp.* Si a Titio fundum emeris Sempronii, et tibi traditus sit pretio soluto; deinde Titius Sempronius heres extiterit, et eandem alii vendiderit et tradiderit; aequius est ut in potior sis. Nam etsi ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione enim summoveres. Sed et si ipse possideret, et in peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris. — L. 14. h. t. L. 2. de except. rei vend. et trad. (21. 3.). — L. 24. de except. rei iud. (44. 2.). — L. 4. §. 32. de doli mali except. (44. 4.).

(k) L. 9. §. 4. h. t. *Ulp.* Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit; utrum is, cui priori res tradita sit, an is, qui tantum emit. Et Iulianus lib. septimo Digestorum scripsit: ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior eansa sit possidentis, quam petentis; quae sententia vera est. — confr. L. 31. §. 2. de act. vend. (19. 1.).

§. 174.

X

C. Interdictum uti possidetis.

T. D. uti possidetis (43. 17); — de utrubi (4. 313.). — C. uti possidetis (8. 6.). — Savigny, diritto del possesso §. 37. 39. — Albert, sull'interdetto *uti possidetis* dei Rom. Halle 1824. — Puchta, corso delle Istituzioni §. 228. — Bruns, del possesso §. 6. — Ihering, sul fondamento dei mezzi per la tutela del possesso, Iena, 1869.

I. A tutela del possesso civile, come ancora del possesso derivato (§. 152.) sono concessi al possessore gl'interdetti *retinendae possessionis*, cioè l'*interdictum uti possidetis et utrubi*.

L'interdetto *uti possidetis* ha lo scopo di mantenere il possesso presente contro colui, che in qualunque maniera non lo riconosca, ossia serve a far decidere una controversia di possesso, e stabilire quale delle due parti presentemente possegga (a).

È scopo principale di questo interdetto possessorio di aprire la via all'azione di proprietà, determinando le parti nel processo (b).

Questo interdetto è retto dalle regole infrascritte:

1) È attore il possessore civile, ossia, colui che possiede *animo rem sibi habendi*; non è necessario provare la *iusta causa possessionis* (c).

2) È convenuto colui il quale contrasta, non riconoscendolo, il nostro possesso.

3) Non si fa per altro differenza tra le parti, poichè quest'interdetto è *duplex* (d): onde appena è promossa la lite da una delle parti, sia qualunque, entrambe sono nella stessa condizione, essendo ad entrambe imposto l'obbligo della stessa prova; tenere, cioè, ancora il possesso civile, e non averlo acquistato dall'altro *nec vi, nec clam, nec precario*: chiun-

(a) L. 1. §. 2. 5. h. t. (43. 17.). *Ulp.* Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. §. 3. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor; aut non convenit. Si convenit, absolutum est, ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. — §. 4. Inst. de interd. (4. 13.). — L. 35. de acq. poss. (41. 2.). — *Gai.* Inst. IV. 148.

(b) È per ciò che questo interdetto viene trattato tra i mezzi per tutelare la proprietà.

(c) L. 1. §. 9. L. 2. 3. h. t. *Paul.* Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert. Qualicumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet.

(d) L. 3. §. 1. h. t. *Ulp.* Hoc interdictum duplex est; et hi, quibus competit, et actores et rei sunt. — L. 2. pr. de interd. (43. 1.).

que provi ciò, sarà vincitore della lite. Ovvero quando l' uno è convinto di possedere con vizioso possesso rispetto all' altro, a questi è riconosciuto il possesso, ed il primo è condannato a restituire la cosa, e, secondo le circostanze dei casi, a prestare altresì cauzione *de amplius non turbando*. Così può esser dato il possesso a chi prima non l'avea, e ritornato a chi l'avea perduto: onde l' interdetto *uti possidetis* può alle volte sortire l' effetto stesso dei *recuperandae possessionis* (e).

4) Se nessuna delle due parti può addurre queste prove, il giudizio possessorio rimane indeciso (*neuter vincetur*); ma colui che vuole la condanna della parte contraria deve promuovere il giudizio petitorio.

5) Quest' interdetto è dato in un anno utile; vale a dire che il fatto, col quale l' avversario turbava il nostro possesso, deve esser avvenuto nel corso dell' ultimo anno (f).

Era ancora un interdetto *retinendae possessionis* l'*interdictum utrubi*, il quale applicavasi al solo possesso delle cose mobili; in questo interdetto non decidevasi del possesso secondo chi era presente possessore, ma la pruova era del più lungo possesso; vinceva colui che poteva dimostrare di aver posseduto nell' ultimo anno più lungamente del suo contraddittore, purchè possedesse *nec vi, nec clam, nec precario*. Era concesso per la prova di aggiungere al proprio possesso quello dell' antecessore (*accessio possessionis*) (g). Per mezzo dell'*interdictum utrubi* potevasi anche acquistare un possesso perduto, specialmente quando alcuno avesse perduto il possesso di una cosa mobile *vi, clam, precario*: egli poteva ricuperarlo contro l' ingiusto possessore, purchè questi avesse ancora posseduto, ed egli se ne giovasse in un anno (h).

La condizione del più lungo possesso nell'ultimo anno, non essendo più necessario nella legislazione giustiniana, l' *interdictum utrubi* fu del tutto pareggiato all' *uti possidetis* (i).

(e) L. 1. pr. §. 9. L. 3. pr. §. 9. h. t. *Ulp.* Quod ait Praetor in interdicto: *Nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis*, hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio; si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. Has enim possessiones non debere proficere, palam est. — L. 53. de acq. poss. (41. 2.). — *Gai.* Inst. IV. 166-168.

(f) L. 1. pr. h. t. *Ulp.* h. t. Ait Praetor intra annum quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. — L. 4. de int. (43. 1.).

(g) *Gai.* Inst. IV. 150-152.

(h) L. 3. §. 10. *uti possidetis*. (43. 17.). *Ulp.* Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam.

(i) §. 4. Inst. de inter. (4. 15.). . . . Utrubi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem exaequata est, ut ille vincat et in re soli, et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet. — L. 1. §. 1. de utrubi (43. 31.).

II. Quantunque per mezzo degl' interdetti *retinendae possessionis* si potesse giungere a recuperare il possesso perduto *vi, clam* e per abuso del precario, erano dati ancora appositi interdetti, che dall'effetto pigliavano nome di *recuperandae possessionis*; tali sono l' *interdictum de vi, de clandestina possessione, de precario*. Ma poichè essi intendono a costringere il violatore del possesso a soddisfare l' obbligo nato dalla sua azione illegale conforme alle obbligazioni *ex delicto*, saranno perciò trattati nelle obbligazioni.

ANNOTAZIONI

Anche il carattere degl' interdetti *retinendae possessionis* è dal *Savigny* uguagliato alle azioni *ex maleficio*. Di fatti egli insegna, che gl'interdetti possessorii probabilmente furono introdotti per tutela della *possessio* dell' *ager publicus*, ed applicati più tardi al possesso delle altre cose. Il loro carattere fondamentale è che sono azioni *ex maleficio*, e per conseguenza appartengono alla materia delle obbligazioni.

Riteniamo che gl' *interdicta recuperandae possessionis* sono azioni *ex maleficio*, ma quanto ai *retinendae possessionis* l' assunto del *Savigny* non potrebbe sostenersi. Pure egli tenta provarlo nella seguente maniera.

Gl' interdetti *retinendae possessionis* sono applicabili:

- 1) quando il possessore per molestia ebbe un danno di cui vuol essere risarcito;
- 2) quando sia da temere una molestia contro cui il possessore vuol essere garantito;

3) finalmente quando un litigio sulla proprietà dev' essere regolato con le indagini preventive del possesso, quantunque non vi sia stato, e non vi sia da temere un violento turbamento del possesso medesimo.

I primi due casi sarebbero gli originarii pe' quali furono introdotti gl'interdetti, essendo i soli che trovansi menzionati nelle parole dell' editto: *neque pluris quam quanti res erit . . . agere permittam: uti possidetis . . . quominus ita possideatis, vim fieri veto*; in questi due casi non si può sconvينire che vi sia il fondamento di un' *obligatio ex delicto*. Il terzo caso, non contenuto nelle parole dell'editto, ma ricavato dalla giurisprudenza romana, si connette strettamente col secondo, poichè per ordinario anche qui sono da temere violenze; cosicchè questo terzo caso dal punto di vista teoretico non è diverso dal secondo. I requisiti di questi interdetti sarebbero, che si sia acquistato un possesso giuridico, che sia avvenuta una violenta molestia del possesso medesimo, e che con questo turbamento il possesso non sia cambiato. Convenuto sarebbe chiunque, al quale possiamo rimproverare di aver turbato il nostro possesso; e lo scopo di questi interdetti sarebbero di tre sorte: per il caso di un turbamento avvenuto, rifacimento dei danni: per il caso di un turbamento minacciato per l'avvenire, cautele per allontanare una illegale azione temuta, finalmente nel terzo caso: decisione della questione, chi delle due parti abbia presentemente il possesso. Gl' interdetti *retinendae possessionis* sono *duplicita*; donde ne nascono altre importanti conseguenze; ciascuna delle parti contendenti può muovere l' azione; ciascuna deve avere nel giudizio eguali diritti; ciascuna può essere da ultimo condannata (k).

(k) *Savigny*, del possesso §. 6. 12.

Questa teoria del *Savigny* è contraddetta da tutto il sistema delle leggi romane. Bisogna per contrario affermare che gl' interdetti *retinendae possessionis* hanno principalmente lo scopo di decidere preliminarmente al giudizio di proprietà una questione sul possesso, che due parti nel medesimo tempo si contendono, e stabilire chi dev' essere il *petitor* e chi il *possessor*.

D'altra parte si comprende da sè che non sempre ad una domanda sul possesso, segue il petitorio; poichè se le parti dopo la decisione del possesso non vanno più innanzi, resta sempre decisa una questione di possesso. In questo modo la base degl' interdetti non è un maleficio, ma solamente è una questione di possesso, come la base della *rei vindictio* è una controversia sulla proprietà. Che questo punto di vista sia più conforme alle leggi si ritrae dalle seguenti ragioni:

1) Prima di ogni altro l' origine degl' interdetti sembra poco probabile, che sia stato l' *ager publicus*, anzi è contraddetto dall' indole di quelli: imperocchè se condizione indispensabile per questi mezzi di tutela è il possesso civile, ossia l' *animus rem sibi habendi*, come mai potevano essere introdotti per il possessore dell' *ager publicus* che punto non aveva quell' *animus*? Bisognerebbe dire che nel corso del tempo, quando furono applicati al possesso delle altre cose, avessero perfettamente cambiato natura: il che anche supposto per altro non potrebbe mai dirsi dell' *interdictum utrubi*; ed in verità *Savigny* è obbligato a presumere che questo interdetto sia venuto molto più tardi: opinione che avrebbe bisogno di una prova, ch' è forse impossibile.

Ciò che diciamo è confermato non solo da *Ulpiano* not. (a), ma ancora dallo stesso *Gaio* IV, 148:

« *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi.* »

2) Le parole dell' editto pretorio danno lo stesso risultato (l). Il loro significato è il seguente: Chi di voi, che dice di possedere, veramente possiede, egli dev' essere considerato da me come possessore. Questa decisione suppone naturalmente la domanda: chi è da riconoscersi come possessore? e le parole *vim fieri veto*, piuttosto che accennare ad una violenza minacciata, sono una formola pel riconoscimento del possesso.

3) Secondo il *Savigny* l' interdetto potrebbe essere adoperato contro chiunque molestasse il nostro possesso. Il qual principio, che andrebbe a conseguenze troppo contrarie all' indole dell' interdetto *uti possidetis*, è pure accettato dalla maggior parte dei giuristi. *Thibaut* che logicamente volle determinare le ultime conseguenze di questo principio ammise, che l' interdetto *uti possidetis* potesse essere adoperato nel caso, che degli importuni di notte entrassero in casa, gridassero, picchiassero, forzassero le porte ecc. (m). Nei testi troviamo scritte queste parole « *Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur; etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione* »; ed altrove. « *Interdicto Uti possidetis de fundi vel aedium possessione contenditur, Utrubi vero interdicto de rerum mobilium possessione* » (n). Ora in questi frammenti si fa sem-

(l) Ved. *Festo*, V. S. *Possessio*.

(m) *Thibaut*, Arch. civ. XVIII, pag. 331.

(n) L. 3. §. 2. h. l. §. 4. Inst. de interd. (4. 13.). — confr. L. 1. §. 3. uti possid., *Gai.* IV. 149.

Diritto romano.

pre parola di una controversia sul possesso; laonde non qualunque importuno, ma chi in tutto o in parte ci contende il possesso, può essere il convenuto in questo giudizio: così possiamo spiegare la natura duplice dell'interdetto *uti possidetis*. Aggiungasi, che, se dovesse essere questione di violenza e non semplicemente di possesso conteso, sarebbe difficile intendere, perchè i testi trattano sempre di questione di possesso e non di maleficio; quandochè per un turbamento prodotto anche senza negare il diritto di possesso, sono concessi altri mezzi come l' *interdictum de vi aut clam*. Dalla esposizione di Gaio si scorge chiaramente che non solo colui, *qui fructus litatione vicit*, ma l'altro *qui victus est*, dovevano provare: « *ad se possessionem pertinere* » ed il giudice « *illud requirit, quod Praetor interdicto complexus est, id est, uter eorum eum fundum easque aedes per id tempus, quo interdictum red- detur, nec vi, nec clam, nec precario possederit (o)* ».

4) Dal che possiamo benissimo ricavare il carattere duplice che vuol essere meglio determinato. *Duplicia* chiamansi quegl'interdetti nei quali non si fa differenza tra le parti di attore e convenuto, e nei quali è perfettamente indifferente chi dei due abbia fatto prima uso dell'interdetto, in altri termini quando ognuno può essere considerato egualmente come attore e convenuto fino alla condanna.

Da ciò risulta 1) che le funzioni di entrambe le parti durante il giudizio sono perfettamente eguali, e per entrambe sta l'obbligo della prova; 2) che il risultato della lite può essere lo stesso per ciascuna delle parti; ossia chi, indifferentemente se l'attore o il convenuto, adempie all'obbligo della prova, viene riconosciuto come possessore, e il contrario è condannato; onde l'attore stesso può essere condannato; 3) che finalmente nei medesimi casi, nei quali una parte può essere condannata, perchè acquistava il possesso *vi, clam, precario* dall'altro, il convenuto stesso può esser condannato quando sottraesse il possesso all'attore *vi, clam, precario*; ossia non solo colui il quale era possessore al tempo, in cui si è prodotto l'interdetto, può usarne con efficacia, ma ancora colui, al quale fu sottratto il possesso.

Il Savigny intende altrimenti la duplicità dell'interdetto *uti possidetis*; quanto alla prova è di avviso, che colui sia da considerarsi come attore, che si presenta pel primo innanzi al giudice; ed in rapporto all'ultimo punto egli riconosce bensì che ciascuna delle parti contendenti può produrre l'azione, ma alla fine dei conti crede, che solamente può produrre con efficacia l' *interdictum uti possidetis* colui, che al momento dell'azione sia ancora possessore. Quanto sia fondata questa opinione si scorgerà dal seguente esame:

a) Nell'esposizione di questa materia Gaio insegna che il carattere della duplicità consiste in ciò che non vi sia differenza tra attore e convenuto.

Secondo il giurista romano gl'interdetti *simplicia* sarebbero quelli *in quibus alter actor, alter reus est*, e a questi appartengono gl'interdetti *restitutoria et exhibitoria*. Al contrario gl'interdetti *duplicia* sono gl'interdetti *Uti possidetis et Utrubi, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet, quippe Praetor pari sermone cum utroque loquitur* (p). Da queste ultime parole è chiaro abbastanza, che è indifferente quali delle parti abbia proposto l'interdetto.

(o) Gai. IV. §. 166. 168.—Vangerow, §. 336. n. 3. in contr.—Arndts, comp. §. 172. annot.—Puchta, Istit. §. 223.

(p) Gai. Inst. IV. 137. 160.—conf. §. 7. Inst. de interd. (4. 13.).—L. 3. §. 1. uti poss. (43. 17.). — L. 37. §. 1. de O. et A. (44. 7.).

b) Secondo la teoria del *Savigny* la questione sottoposta al giudice sarebbe la seguente: Possiede l'attore? e se possiede, questo possesso è stato da parte sua acquistato dal convenuto *vi, clam, precario*? Ma in tutti i testi questa distinzione delle parti è sempre a bello studio evitata, ed essi rappresentano la questione piuttosto in questa guisa *uter eorum nec vi, nec clam, nec precario possederit*? (q). Similmente è riconosciuta l'efficacia dell'interdetto non per l'attore solamente, ma per colui, *qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possideat*; dunque secondo i varii casi ora dal convenuto, ora dall'attore: *uti nec vi, nec clam, nec precario ALTER AN ALTERO POSSIDETIS* (r). La sola obiezione che potrebbesi fare è, che in questi passi la vittoria sia riconosciuta sempre per l'attuale possessore fosse attore o convenuto, purchè il suo possesso non sia vizioso; ma in nessuno di questi passi è detto che il non possessore dev'essere vincitore, quando l'avversario avesse un possesso vizioso. A voler essere logici l'obiezione dovrebbe estendersi anche all'attore non possessore; bisognerebbe perciò mettere in dubbio la possibilità di condannare l'attore il quale *a reo possidet vi, clam, precario*, ed allora che significherebbe la duplicità di questo interdetto?

Se per contrario si ammette che l'attore possessore possa essere condannato quando egli possiede dal reo *vi, clam, precario*, con egual diritto si deve riconoscere che il possessore convenuto dev'essere condannato, quando acquistava dall'attore il possesso con quei tre vizii. Così sentiamo parlare Ulpiano « si quis proponeret possessionem iustam et iniustam, ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam, si a me possides, superior sum interdicto (s) ». Supporre che in questo passo il convenuto sia solamente il non possessore è affatto arbitrario.

Sembra nondimeno che la nostra tesi contraddica al carattere dell'interdetto. Di fatti questo è qualificato per mantenere il possesso; mentre, sostenendo che il non possessore potesse per virtù di esso riacquistare il possesso, se ne farebbe un *interdictum recuperandae possessionis*, od almeno si porrebbe superflualmente in concorrenza con gli altri interdetti.

Questa censura, di cui non si può certamente sconoscere l'importanza, si dilagua facilmente, quando si consideri questo interdetto un po' più profondamente. Si noti anzi tutto che l'*interdictum Utrubi* del diritto anteriore a Giustiniano era ancora un interdetto *retinendae possessionis*, e pure senza dubbio per esso il non possessore vinceva da attore qualora provasse di aver posseduto la maggior parte dell'anno. Bisogna d'altra parte ravvisare una sostanziale differenza tra l'interdetto *uti possidetis* e l'*interdictum de vi*. In quest'ultimo interdetto l'attore si propone lo scopo di farsi restituire dall'avversario la cosa sottratta con la violenza, e di pretendere il pieno risarcimento de' danni, e fonda queste pretensioni sulla violenta deiezione sofferta dall'avversario; al contrario nell'interdetti *retinendae possessionis* l'intenzione di entrambe le parti è diretta continuamente e solo al giusto possesso: *ego (iuste) possideo*, ed il giudice decide principalmente: *Titius (iuste) possidet*. La nostra tesi non altera questi principii, imperocchè quando alcuno acquista il possesso da un altro *vi, clam, precario*, questi dirincontro all'ingiusto possessore vale sempre come un giusto, un vero possessore. Nelle conseguenze di essi sta

(q) *Gai. Inst. IV. 166.*—*conf. Gai. IV. 148.*

(r) *Gai. Inst. IV. 139.*—*L. 1. §. 9. uti possid. (43. 17.).*

(s) *L. 3. pr. uti poss.*

sempre la differenza: ne' *retinendae possessionis* non ci è caso di fondare una obbligazione sul maleficio dell' avversario, la ricerca si ferma sul possessore; e così la condanna non può andare di là del possesso stesso dell' oggetto... *neque pluris quam quanti res erit, agere permittam*. * In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est, sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere* (1); *. Negl' interdetti *recuperandae possessionis* è il contrario: anzi l' *interdictum unde vi* è determinato appunto per procurare al vi *deiectus* il pieno risarcimento dei danni a lui arrecati immediatamente o immediatamente dalla violenta deiezione, essendo questo interdetto una vera azione *ex maleficio*.

§. 175.

IV. Perdita della proprietà.

Sull'estinzione di questo diritto non occorrono regole speciali. In generale termina quando altri diventa proprietario dello stesso oggetto; onde tutti i modi di acquisto sono per altra parte modi di estinzione.

Oltre a ciò vi sono altri casi: come quando l' oggetto perisce o esce fuori commercio: o quando è derelitto, divenendo così *res derelicta*.

È inutile aggiungere che quando la proprietà si perde per volontà del proprietario, si richiede, secondo i principii generali, l'idoneità di alienare.

Con la perdita del possesso non si perde insieme la proprietà; eccetto che degli animali selvatici, appena escono dalla nostra custodia, perdiamo possesso e proprietà, e dei mansuefatti ancora, quando non hanno la consuetudine di ritornare (a).

APPENDICE IX.

I. La proprietà nei principii di Roma pigliò due forme, l'una pubblica, privata l'altra.

La coscienza che le cose immobili erano acquistate non dall' attività delle singole persone, ma dalla potenza dell' intera società politica (al qual sentimento dava forza la tradizione dell' origine ed incremento dello Stato romano) menò a considerare la proprietà del suolo come pubblica, limitando la privata a sole quelle cose che a sè procacciava l' opera de' privati. Rispetto alle cose immobili adunque ogni cittadino di quella società politica fu tenuto come semplice possessore, o vogliam dire usufruttuario di una parte del suolo pubblico; onde oltre alla privata proprietà delle cose mobili espressa colla formola: *meum est ex iure quiritium*, eravi il godimento

(1) L. 1. pr. L. 3. §. 11. uti possid. (43. 17.).

(a) §. 12. 14-16. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 3. §. ult. L. 5. de acquir. rer. dom. (41. 1.).

di una pubblica proprietà, cioè la *possessio* dell'*ager publicus*. Quali siano state le relazioni di ciascun cittadino con lo Stato, e quali i mezzi giuridici per trasmettere e tutelare questa *possessio* non ci è dato saperlo con precisione; le tradizioni storiche non ci danno a questo proposito che mal ferme o nessuna notizia; è certo che la vindicazione non poteva essere il mezzo di tutelare la *possessio*; prima perchè suppone la formola *meum est*, il che era incompatibile in questa specie di proprietà pubblica, secondo perchè, quando più tardi venne applicata la *vindicatio* agl' immobili, fu d'uopo procedere come per le cose mobili, cioè con la presenza di una zolla almeno nel luogo dove si amministrava la giustizia.

Accanto all'elemento vero ed originario del popolo romano, al patriziato, sorgeva il ceto della plebe, il quale, finchè non fu ammesso alla romana cittadinanza dovè tenere un suo speciale istituto di proprietà; ma quale sia stato nei tempi che questo ceto era in certo modo diviso dallo Stato di Roma, è inutile ed impossibile saperlo: in generale si può dire che le massime più larghe di diritto universale, comuni alla coscienza di tutti i popoli e anteriori certamente a qualunque forma civile, abbiano regolate i loro rapporti. I plebei, non reputati cittadini romani, non potevano pretendere al godimento dell'*ager populi romani*. Di più, la proprietà pubblica degli immobili ripugnava e alla loro condizione rimpetto allo Stato, e alla massima di diritto universale (fondamento delle loro relazioni), che fa nascere il diritto privato di proprietà dal potere che può esercitare la persona come tale sulle cose che la circondano, mobili od immobili che siano; onde dalla introduzione del ceto plebeo in Roma si fa possibile l'origine della privata proprietà degli immobili. Rimase ciò non per tanto la proprietà pubblica per i patrizii, anzi si accresceva più sempre per le conquiste, divenendo ogni terra conquistata proprietà dello Stato; ma le assegnazioni e le vendite questorie potevano convertire in privata quella proprietà pubblica, la quale andò a poco a poco perdendosi, fino a quando le *leges agrariae* che avevano suscitato tante sommosse, fecero sparire l'*ager publicus* e con esso il sistema di pubblica proprietà; rimanendo così la proprietà privata distinta da quella dello Stato.

La proprietà romana *ex iure Quiritium* era solo legittima nell'angusto cerchio dello Stato romano: solo per quelle cose che v'erano comprese, e per quelle sole persone che s'addimandavano *cives romani*, sia che la cittadinanza loro appartenesse di diritto, sia che fosse loro concessa. I fondi perciò situati fuori d'Italia uscivano dal concetto della proprietà privata *ex iure Quiritium*, meno che essi non fossero parti di un territorio di una città, cui si era concesso il *ius italicum*; così ancora i peregrini non potevano essere i subbietti di questa proprietà, purchè per eccezione o per privilegio non si fosse a qualcuno concesso il *commercium*.

II. La severa ristrettezza della proprietà quiritaria, propria del carattere romano, dette origine ad un'altra specie di proprietà, così come per un simile rigore di principii dalle antiche *possessiones* dei patrizii era nata la proprietà fondiaria. Stabilito che un certo genere di cose e di persone fosse fuori del *dominium ex iure Quiritium*, deve certo supporre una diversa specie di proprietà, mercè cui quelle persone potessero acquistare, e quelle cose essere acquistate: la quale, non altrimenti che quella antica dei plebei, si conformasse a quel diritto più largo che veniva appalesato nel sentimento giuridico di tutti i popoli (*ius gentium*).

I tempi storici in cui nasce la nuova specie di proprietà ci permettono di determinarne almeno i tratti principali. N'erano subbietti e peregrini, e romani sulle

cose sottratte al *ius Quiritium*, come i fondi provinciali; n'erano mezzi di acquisto i modi naturali. Se alcuno occupava una cosa non appartenente ad altri, col proposito di farla propria, o se dal proprietario, con la vicendevole intenzione, ne avea il possesso, ed intendeva acquistarne ancora la proprietà, il diritto delle genti dovea affermare, ed affermava giusto il titolo di tale acquisto, e di conseguenza veniva il diritto di proprietà. Erano queste le *naturales acquisitiones*, alle quali si aggiungeva un istituto simigliante all'usucapione, che per richiedere un tempo più lungo di quella, pigliò nome di *longi temporis praescriptio*. Questa proprietà che dapprima chiamossi col nome antico di *possessio*, e poscia anche *dominium* (a), poteva essere difesa con un'azione reale innanzi al Pretore peregrino o al Pretore della provincia, senza dubbio con la formola *petitoria*, e con la *intentio*: *si paret rem actoris esse*.

In questi termini la proprietà dei peregrini e delle cose provinciali formava un sistema perfettamente distinto dal civile, di guisa che, finchè ciascuno restasse nella propria sfera, non poteva mai imbattersi nell'altro: avendo la proprietà dei peregrini, era impossibile che si avesse la quirite, sia in rapporto alle cose, sia in rapporto alle persone. Ma la base più larga, la natura più vera de' modi di acquisto della proprietà dei peregrini cominciò a produrre nuovi effetti nella civiltà sempre crescente di Roma; e non andò guari che un sistema medio tra il civile ed il naturale fè nascere una vera opposizione di principii, che alla fine ricondusse all'unità il sistema della proprietà romana. E di vero un'altra proprietà prende forma concreta verso la fine della Repubblica, la quale riguardava non le cose e persone escluse dal concetto del *dominium ex iure Quiritium*, ma le stesse cose e le persone medesime capaci di quest'ultima proprietà: da questo punto possiamo dire che s'origina un'opposizione nel sistema di proprietà dei romani. L'un sistema può essere appellato quiritario, bonitario (*in bonis*) l'altro (b): « Sequitur, dice Gaio, ut admoneamus, » apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita aut dominus quisque est, aut » dominus non intelligitur. Quo iure etiam populus romanus olim utebatur, aut » enim ex iure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure quiritium dominus, alius in bonis habere (c) ».

III. Per meglio conoscere la natura di questi due sistemi che si contrastavano, fa d'uopo esporre i modi di acquisto proprii della proprietà quiritaria.

1) Il più originario è la trasmissione delle cose per volontà del popolo mercé l'opera del magistrato; il quale acquisto era detto per *additionem*. Questo modo fu applicato per le cose predate in guerra, specialmente i prigionieri, e dal comandante divise ai soldati, o vendute dall'erario per mezzo del questore; la vendita era detta

(a) *Gai. Inst.* II. 40.

(b) *Puchta*, corso delle Istit. §. 234.

(c) È inconcepibile come alcuni giuristi abbiano potuto questionare sul carattere della proprietà bonitaria, dopo questo chiarissimo frammento di Gaio: *Zimmern*, nel Museo del Reno. III. n. 19. nega a questo istituto il carattere di proprietà, e non vi scorge se non un possesso qualificato; ammette che i romani avessero avuto un doppio dominio, ma non ammette che sia stato un dominio quiritario e bonitario, ma il *nudum ius Quiritium* e il dominio *ex utroque iure*. Tuttociò egli ricava da *Gaio*. I. 34. II. 40. Ved. *Gai. Inst.* I. 167. II. 41. — *Ulp.* XXII. 8. conf. *Mayer*, sul doppio dominio del diritto romano; giornale per la scienza storica del diritto Vill. pag. 2. — *Hunterholzner*, Museo del Reno V. pag. 1. — *Vangerow*, *Latini Iuliani*, pag. 70: *Pandette* §. 293.

allora *venditio sub corona*. Una specie di *addictio* era la *sectio bonorum*, quando in cumulo dal questore stesso si vendeva il bottino di guerra al maggiore offerente, rimettendone la partizione al compratore, e trasmettendoglielo come *universitas*. In questa vendita era innalzata una lancia come segno del bottino, modo che più tardi fu applicato a tutte le vendite pubbliche. Lo stesso avveniva per i terreni, naturalmente dopo il passaggio della proprietà pubblica nella privata; ossia o per assegnazione fatta da un magistrato in forza di una legge agraria o *de coloniis deducendis*, ovvero con la vendita *questoria*. Più tardi ciò seguì per mezzo della mancipazione per le terre italiche, o con una vendita apparente nelle provincie.

2) Era un altro modo di acquisto, ma delle cose dei privati, la *in iure cessio*, la quale si faceva con un finto processo. Il proprietario presentavasi con l'acquirente innanzi ad un magistrato appresso il quale potevasi produrre una *legis actio*: il compratore simulando una rivendicazione, pronunziava come attore contro il venditore le parole della *vindicatio*, ma astenendosi l'altro di fare la *contravindicatio*, il pretore da ultimo addiceva l'oggetto all'attore (d).

3) Anche modo civile di acquisto era la *mancipatio* (e). Quest'atto seguiva all' presenza di cinque testimoni, di maggiore età, e cittadini romani, ed innanzi ad una sesta persona che aveva in mano la bilancia (*libripens*); l'acquirente, dando di piglio alle cose pronunziava le solenni parole della *mancipatio*, batteva con un pezzo di bronzo nella bilancia, e dava questo al venditore come prezzo di compra. In questa vendita bisogna fare la distinzione tra cose mobili e terre; le prime dovevano essere presenti e non si potevano mancipare che singolarmente; le altre anche in un medesimo atto.

La *mancipatio* era limitata per alcune determinate cose che perciò erano dette *res mancipi*, così i terreni italici, gli schiavi, gli animali indigeni da tiro e da carico, (*quadrupedes quae dorso colloque domantur*); le *servitutes praediorum rusticorum* e segnatamente l'*iter*, l'*actus*, e la *via*, in alcune circostanze anche una *universitas*, specialmente nella formazione del testamento.

La mancipazione poi, oltre d'essere un modo di acquistare le cose, era in determinate istituzioni una condizione indispensabile per dare vita all'atto giuridico: così era per l'emancipazione, per il matrimonio per *coemptionem*, e per lo scioglimento della *manus*, e simili. A questo speciale intento essa veniva usata sugli uomini liberi sottoposti alla *potestas*, alla *manus*, od al *mancipium*.

4) Possono essere anche modi di acquisto l'*adiudicatio*, l'acquisto per *universitatem* come quando l'erede acquista le cose del defunto, e una disposizione diretta della legge.

5) Era un antichissimo modo di acquisto l'usucapione, e come l'*in iure cessio* e la *mancipatio* trovansi menzionata nelle XII tavole col nome di *usus auctoritas*, mutato poscia in *usucapio* (f); per la quale era richiesto il possesso di un anno se l'oggetto era mobile, di due se immobile, continuato e non interrotto, con giusto titolo e con buona fede secondo le regole già innanzi esposte (§. 167.).

Tra i titoli atti a trasferire la proprietà per usucapione è da mentovare in questo luogo il titolo *pro herede*; poichè chiunque fosse in generale capace del diritto

(d) *Gai. Inst. II. 24.—Ulp. Fragm. XIX. 9.*

(e) *Gai. I. 119. 122.—Ulp. XIX. 3. 6.*

(f) *Cic. Top. 4. pro Cae. c. 19.*

ereditario avea la facoltà di appropriarsi le cose di una eredità finchè l'erede non se ne mettesse in possesso, ed usucapirle in un anno, fossero esse mobili od immobili (g). Questa usucapione fu detta *lucrativa*, perchè fondava un guadagno a spese di colui che ne avea il diritto. L'usucapione *pro herede* perdette la sua forza lucrativa contro il vero erede mercè un senato-consulto di Adriano (h).

Il diritto antico riconosceva altre specie di usucapione che si allontanano dalle regole comuni, come l'usucapione, per la quale il precedente proprietario poteva riacquistare l'oggetto, *usureceptio*. Quando lo Stato vendeva i terreni avuti in pegno, ed il compratore per due anni continui lasciava il proprietario antico in possesso, questi riacquistava la proprietà *usureceptio ex praedictura* (i). Quando un proprietario *fiduciae causa* avea ceduto *in iure*, o mancipato una cosa a fine di conservazione, o in pegno, cgli poteva riacquistarne la proprietà col possesso di un anno, come se la cosa gli fosse stata rimancipata; nel caso di pegno, se il creditore non era stato soddisfatto, una tale usucapione era senza titolo e perciò lucrativa; nell'altro caso, essendovi l'obbligo alla *rimancipatio*, l'usucapione non mancava di titolo (k). Quando alcuno comprava una *res mancipi* da una donna senza l'*auctoritas tutoris*, egli poteva usucapirla per effetto della *rutiliana constitutio*.

Più tardi fu d'uopo estendere l'usucapione al sistema di proprietà determinato per i fondi provinciali, perocchè anche per questi faceva bisogno compiere gli acquisti difettosi ed assicurare la proprietà. Il novello istituto che si propose di assodare la proprietà dei fondi provinciali contro una *utilis vindictio* ebbe natura di prescrizione; in quanto che colui che per lungo tempo avesse tenuto il possesso con giusto titolo ebbe diritto di opporre un'eccezione all'azione dell'attore, conosciuta col nome di *longi temporis praescriptio*. Essendo tale prescrizione determinata pe' fondi situati nelle province, e per conseguenza in luoghi lontanissimi, fu statuito un tempo molto più lungo dell'usucapione, cioè di dieci ed in caso di assenza di venti anni, affinchè il proprietario avesse tempo sufficiente per avere notizia della prescrizione incominciata.

L'efficacia della *longi temporis praescriptio*, dovette estendersi più tardi; nè si hanno prove in contrarie alla probabilità, che fosse stata anche concesso a colui che reclamasse la proprietà di un terreno provinciale, o facoltà di fondare la sua azione sul motivo della *longi temporis possessio*; e così questo istituto puramente di prescrizione estintiva in origine, acquistò natura di usucapione: *hoc enim*, dice Giustiniano a questo proposito, *et veteres leges sanciebant, si quis eas recte inspexerit* (l).

Queste due specie d'istituzioni simili nei loro elementi costitutivi e nelle conseguenze, diverse in rapporto al tempo, e ai sistemi di proprietà, addivennero perfettamente simili, quando in sul finire del quarto periodo la differenza tra proprietà quiriti e non quiriti perdè il vigore di diritto positivo. Giustiniano decretò la fusione della usucapione e della *praescriptio longi temporis*, insieme all'abolizione della differenza tra fondi italici e provinciali, applicando a tutti la prescrizione di dieci *inter praesentes*, e di venti anni *inter absentes*. Abolita fu egualmente la prescrizione an-

(g) *Gai. II. 52. 53. L. 33. de usurp. (41. 3.)*.

(h) *Gai. II. 57. (is Gai. II. 61.)*.

(i) *Gai. II. 61.*

(k) *Idem II. 59. 61.*

(l) *L. 8. C. de praescr. XXX. ann. (7. 39.)*.

nuale per le cose mobili, ed invece il tempo fu allungato di due anni; le condizioni richieste furono le medesime dell'antica usucapione, cioè il possesso con giusto titolo e buona fede.

IV. La proprietà *ex iure quiritium* fu circoscritta ai fondi italici e alle cose mobili; ed alle persone capaci del *ius commercii*, come il cittadino romano ed il Latino. Questa distinzione è rafferma ancora dall'esame dei modi di acquisto anzidetti, tranne la *longi temporis praescriptio*, istituto ammesso per la proprietà naturale in analogia della *usucapio*. Verso la fine della repubblica le forme determinate dal diritto civile per trasmettere la proprietà, divennero incompatibili con le più ampie e diffuse relazioni del popolo romano, ed i modi naturali di acquisto ebbero sulla coscienza dei romani una decisiva influenza. Per consuetudine si tenne sufficiente la tradizione per le *res nec Mancipi*, e così la *traditio* alcune volte poteva originare la *rei vindicatio*, ossia la proprietà quiritaria. Oltre di che i modi naturali di acquisto, circoscritti prima ai fondi provinciali e alle persone non soggette al diritto civile, si estesero anche alle cose capaci della proprietà quiritaria e agli stessi romani; ma di guisa che non producevano la proprietà quiritaria, e nemmeno la naturale, ma quella nuova maniera di proprietà, che abbiamo detto aver generata l'opposizione de sistemi, e per la quale i giureconsulti usavano le formole *in bonis esse, in bonis habere*.

La proprietà bonitaria ebbe esistenza giuridica per opera del Pretore, mentre era vigente la proprietà quiritaria, ed aveva luogo nei seguenti casi:

- a) per la tradizione di una *res Mancipi* (m);
- b) per ogni modo di acquisto pretorio, non potendo il Pretore concedere la proprietà quiritaria: come la *bonorum possessio*, la *bonorum venditio*, la *immissio ex secundo decreto damni infecti causa*, e finalmente l'acquisto di uno schiavo *ex noxali causa* (n);
- c) finalmente per quei mezzi di acquisto, i quali non furono veramente introdotti dal Pretore, ma per sua mediazione, dai senatusconsulti e costituzioni imperiali; come per successione universale *ex senatusconsulto Trebelliano* (o).

Questa proprietà acquistò valore giuridico in quanto che si concessero al proprietario in *bonis* tutti i diritti materiali concessi al quiritario. Ma come che la proprietà bonitaria comprendeva le medesime cose, e le medesime persone, era facile che le due proprietà venissero a contrapporsi, e fu compito del Pretore di conciliare questi contrarii, regolando con equità gl'interessi dei singoli. Giusta il principio del diritto civile con la tradizione di una cosa *Mancipi* non passata il diritto di proprietà; ma l'oggetto trasmesso era considerato in *bonis* dell'acquirente, e il *ius quiritium* su quell'oggetto restava al tradente, di guisa che questi o i suoi eredi potevano sempre produrre contro l'acquirente o qualunque altro possessore la *rei vindicatio*. Certamente, finchè l'acquirente non venisse garentito da ogni pretensione del proprietario quiritario, la proprietà bonitaria sarebbe stata una parola vana di senso; fu sempre il Pretore che dette a questa proprietà un'importanza positiva. La guarentigia più sicura pel proprietario in *bonis* era la possibilità di rendere civile la sua pro-

(m) *Ulp. Fragm. I. 16. — Gai. Inst. II. 41. 204.*

(n) *Gai. III. 80. IV. 35. — L. 5. pr. L. 15. §. 15. 26. 27. de damno inf. (39. 2.). — L. 26. §. 6. de noxal. act. (9. 4.). — L. 2. §. 1. ex noxali causa (2. 9.) etc. — Zimmermann, o. c. 315.*

(o) *L. 63. ad SC. Trebelliano (36. 1.). — L. 24. §. 1. fam. hercisc. (10. 2.). — L. 4. §. 19. Pro emi. (11. 4.).*

prietà dopo certo tempo mercè l'*usucapio*; in questo modo divenendo egli proprietario quiritario di una cosa mobile dopo un anno, e di una immobile dopo due anni, si riunivano in lui solo ambe le proprietà, nulla avendo a temere da parte di terze persone, ed era pienamente garentito con l'*actio civilis in rem*. Ma accadendo che altri avesse la proprietà quiritaria, altri la bonitaria, il patrocinio del Pretore si faceva indispensabile, specialmente quando il proprietario quiritario, prima che l'altro compisse l'usucapione, lo perseguiva con la *rei vindicatio*. Onde il Pretore diede un'eccezione all'acquirente, che distruggeva l'azione dell'attore; tale eccezione, nota generalmente col nome di *exceptio doli*, fu detta *exceptio rei venditae et traditae* nel caso speciale della vendita, ed *exceptio doli* opposta alla *rei vindicatio*, qualunque volta un vincolo obbligatorio stretto tra il proprietario quiritario e il possessore obbligava quello di lasciar libera la cosa nelle mani di questo, e di considerarlo proprietario. Più difficile si rendea il patrocinio del Pretore qualora il proprietario quiritario si trovasse egli stesso in possesso dell'oggetto; imperocchè non solo era necessario concedere al proprietario *in bonis* un'azione per rivendicare l'oggetto, ma ancora assicurare questa contro un'inevitabile *exceptio dominii*. Un'azione reale a questo proposito non poteva essere concessa; questa si rendeva unicamente possibile sulla base di una finzione, non ricavando l'attore il suo diritto da un principio riconosciuto dal diritto civile. L'*actio Publiciana* fu l'azione concessa in quest'occasione, un'azione nella quale si finge che il possessore avesse acquistato il diritto di proprietà, ed è per conseguenza qualificata per una *utilis rei vindicatio*. Ma quest'azione reale nel caso di sopra posto incontrava certamente da parte del proprietario quiritario e possessore dell'oggetto l'*exceptio dominii*, da cui bisognava garentirla: e fu fatto. È chiaro che in questa condizione di cose, il quiritario possessore che opponeva al bonitario l'*exceptio dominii*, può considerarsi, e fu considerato, come attore che rivendicasse l'oggetto dal bonitario; e come questi così convenuto poteva usare dell'*exceptio doli*, similmente attore nell'*actio Publiciana*, a cui è contrapposta l'*exceptio dominii*, potrà vincere quest'eccezione con la *replicatio doli, rei venditae et traditae*.

A questo modo la proprietà bonitaria acquistando sempre più carattere positivo, e fondandosi sopra base più larga e più generalmente sentita, doveva non solo preponderare alla quiritaria, ma ancora annullarla. Nel quarto periodo in effetti la proprietà quiritaria fu senza alcuna importanza, mercè le nuove riforme operate, e il disuso completo delle forme antiche del diritto civile, che sole le davano valore e specialità. Anche la proprietà particolare sui fondi provinciali fu abolita, poichè Giustiniano tolse ogni differenza tra i fondi, avendo abolita qualunque distinzione nello *status civitatis*.

Nel diritto giustiniano adunque non vi ha che una sola proprietà per tutte le persone capaci, e su tutte le cose che possono stare in commercio. Da questa proprietà come dall'antica quiritaria nasce una *civilis in rem actio*; e l'*actio Publiciana* è rimasta per il possessore in buona fede, per il quale fu probabilmente introdotta.

CAPITOLO III. DELLA SERVITÙ.

Joan. d'Avesan, servit liber, thesaurus di Meermann. t. IV. p. 119. ss. — *Westphal*, de libert. et servit. praed. Lips. 1774. — *Steven*, de servit. praed., Rostock 1817. 1820. — *Luden*, la teoria delle servitù, Gotha 1837. — *Hoffmann*, in teoria delle servitù secondo il diritto romano, Darmstadt 1838. 1843. — *Ordolff*, de servitutum indole et principiis communibus, Erlangen 1844. — *Elvira*, la teoria romana sulle servitù 1833. 1836.

§. 176.

I. Natura di essa.

1) Il diritto di servitù, il più antico dei *iura in re aliena*, è un diritto reale concesso ad un determinato soggetto, che gli dà facoltà di servirsi in un qualche modo della cosa di proprietà altrui. La differenza tra il diritto di servitù e gli altri *iura in re aliena* è che, dove questi in grazia del loro contenuto ben determinato hanno sembianza spiccata, di modo che dal solo nome di enfiteusi, di superficie, di pegno si sa quali facoltà sono concesse a chi ha il diritto, quello non già; imperocchè molte e svariate facoltà possono esser concesse a quel modo, e solo nei casi concreti si può determinare il contenuto di ciascuna servitù (a).

Una seconda fondamentale distinzione è che il diritto di servitù è dato in vantaggio di un individuo, sia persona, sia cosa, esclusivamente designato; onde qualunque trasmissione da lui in altro è giuridicamente impossibile.

2) I principii generali che si possono ricavare dal concetto della servitù sono:

a) *Servitus in faciendo consistere nequit* (b). Cioè la servitù non può consistere in ciò, che il proprietario della cosa servente sia obbligato a fare una qualche opera in favore di colui che ha il diritto di servitù; ma nasce dal concetto della servitù qual diritto *in re aliena*, che il proprietario della cosa servente possa obbligarsi a soffrire o a non imprendere alcuna azione, che potrebbe come proprietario fare o non soffrire.

b) *Nemini res propria potest servire* (c). Ciò è conseguenza del con-

(a) Vrd. L. 7. comm. praed. (8. 4.).

(b) L. 15. §. 1. de servit. (8. 1.). *Pomp.* Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiat, aut non faciat. — L. 6. §. 2. L. 8. pr. §. 2. si servitus vindic. (8. 5.).

(c) L. 26. de servit. praed. nrh. (8. 2.). *Paul.* In re communi nemo dominorum iure aerivitutis, neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere quo minus alter faciat; nulli enim res sua servit.

cetto dei diritti in *re aliena*, per cui è inconcepibile una limitazione di proprietà in favore dello stesso proprietario. Di qui l'altra conseguenza, che quando il fondo servente è acquistato dal proprietario del fondo dominante, la servitù termina *ipso facto*.

c) *Servitus servitutis esse non potest* (d). Questo principio nasce dal carattere fondamentale delle servitù; giacchè costituire una servitù sopra una servitù, cioè fare l'uso di essa oggetto d'un altro diritto di servitù, sarebbe alienare alcun che di essenziale alla prima servitù: il che contraddice affatto alla sua natura, che essendo, com'è detto innanzi, il diritto di un designato individuo, è inalienabile, tanto più che così si disgiungerebbe l'uso dal soggetto del diritto.

d) Il diritto di servitù deve assolutamente consistere in un vantaggio fosse anche di semplice piacere per l'individuo, persona, o cosa secondo i casi: da questo principio deriva come si è detto l'inalienabilità (e), e ancora l'indivisibilità delle servitù, le quali non si possono nè in parte acquistare nè in parte perdere (f).

ANNOTAZIONI

(1) Il principio che il proprietario del fondo servente non può essere obbligato ad una positiva azione è così stabilito nelle leggi, che è inconcepibile come alcuni giuristi abbiano potuto negarne l'assoluta validità, ed altri dirlo una sottigliezza del diritto romano (g). Sebbene oggi sia generalmente ammesso essere quel principio connaturale tanto all'indole fondamentale del diritto di servitù, che dovrebbe suporsi, anche quando le leggi non lo avessero espressamente determinato, pure gli stessi scrittori che riconoscono la generalità del principio, pervengono a diversi risultati, secondo che è diverso il loro punto speculativo.

Meritano particolare attenzione i saggi, coi quali il *Thibaut* e lo *Zachariae* tentano spiegare questo principio (h). Il primo lo ricava dalla nota massima, che per mezzo di un contratto qualcuno può obbligare ad azioni positive sè stesso o il suo successore universale, ma non un terzo. Ma questa regola certissima di diritto non è punto applicabile alla teoria delle servitù.

(d) L. 1. de usu et usufr. leg. (33. 2.). *Paul.* Nec usus, nec usufructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest. — confr. L. 33. §. 1. de servit. praed. rust. (8. 3.).

(e) L. 13. pr. de servit. (8. 1.). *Pomp.* Quoties nec hominum, nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia...

(f) L. 17. de serv. (8. 1.). — L. 1. §. 9. ad L. Falcid. — L. 19. de usu et habit. (7. 8.).

(g) Ved. *Hufeland*, spirito del diritto romano part. II. 2. sez. — *Abegg.* de servit. in faciendo ex iur. Rom. Rogiom. 1827.

(h) *Thibaut*, Saggi I. N. 2. — *Zachariae*, Magazzino di Hugo N. 15. ved. anc. — *Luden*, o. c. pag. 15. — *Hoffmann*, o. c. pag. 8. — *Ordolff*, o. c. pag. 816.

E di vero, la sopraddeita regola dei contratti proverebbe non solo l'impossibilità che obbietto della servitù possa essere un'azione positiva del proprietario del fondo servente, ma logicamente proverebbe ancora l'impossibilità delle *servitutes in non faciendo*; giacchè per contratto il terzo non contraente o il singolare successore non può essere obbligato nè ad un'azione positiva, nè in alcuna maniera al *pati*, o al *non facere*. Oltre a che la teoria del *Thibaut* varrebbe solamente per le servitù stabilite per contratto, ma non per le servitù che vengono da un testamento, dalla legge, o dalla prescrizione.

Non è più felice il fondamento che lo *Zachariae* pone a quel principio. Egli fa dipendere tutto dalla regola, che le servitù reali consistono in un diritto concesso ad un fondo sopra ad un altro fondo; se, egli dice, si riconoscesse una *servitus in faciendo*, il padrone del fondo e non più il fondo stesso sarebbe l'oggetto della servitù. Quest'argomentazione prova troppo, e non ha importanza. È di vero per avere il concetto delle servitù *non faciendo* ovvero in *patiendo*, non bisogna ancora considerare il proprietario del fondo servente? Secondo lo *Zachariae*, si dovrebbe supporre che il fondo è determinato a soffrire o a non fare qualche cosa, il che è assurdo giuridicamente e naturalmente. Se adunque il diritto ci costringe ad affermare che l'obbligo del fondo è spesso obbligo del proprietario, deve dirsi che la regola posta dallo *Zachariae* non è esatta.

Il vero è che la massima *servitus in faciendo consistere nequit* non è essenziale alle sole servitù, ma comune a tutti i diritti *in re aliena*, come modificazioni del diritto di proprietà. L'obbligazione di fare è la caratteristica delle obbligazioni. Certamente anche i diritti reali impongono un obbligo ad ogni terzo, ma come effetto generale di qualunque diritto, non come essenza loro e contenuto speciale. Per la qual cosa sarebbe assurdo in questi diritti un obbligo positivo di un determinato terzo, come inconcepibile sarebbe in un'*actio in rem* l'*intentio: dare facere oportere*.

(2) La regola, che nella costituzione della servitù vi dev'essere il vantaggio del proprietario del fondo dominante, offre difficoltà per un passo di Labeone il quale legge: « *Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo; veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim habere possumus, etiamsi nobis utilia non sunt* » (i).

A primo aspetto sembra che ciò distrugga interamente la regola generale che si trae dalla legge 15. h. t: ed è ancora oggi controverso come sia da conciliare la legge 19. con la 15. Il *Thibaut* crede che la legge 19 faccia una eccezione per le servitù riservate, e ragiona in questa guisa: quando io trasferisco altrui l'oggetto di mia proprietà, dipende dal mio arbitrio se io voglio trasferirglielo tutto, o se voglio riservarmene qualche parte; inoltre è perfettamente indifferente se ciò che mi riserbo, mi sia o no utile. La servitù che è una parte intellettuale di proprietà, quando è riservata, deve valere sempre e comunque: non altrimenti che, se vendendone un'opera di sei volumi, mi riserbassi il sesto, la vendita starebbe, quantunque il sesto volume non mi sarebbe utile (k).

A questa opinione si accosta il *Gaedke*, sebbene con la modificazione, che fosse concepibile almeno una futura utilità per il proprietario del fondo dominante: ecco

(i) L. 19. de serv. (8. 1.).

(k) *Thibaut*, diss. civil. N. 3.

il suo ragionamento. Un diritto costituito non si perde, sol perchè vi sieno tali condizioni di fatto, che duranti esse quel diritto non potrebbe avere esistenza; ma solamente quando i requisiti della sua esistenza si avverino in *contrarium*, nel senso che sieno contraddetti da impossibilità assoluta. Quantunque fosse regola generale, che le servitù non possono essere costituite, se non vi fosse una qualunque utilità per il costituente, la servitù pure non si estingue mancando infatti la *utilitas*, ma solo col sopravvenire la impossibilità di questa. Quando altri a sè riserba una servitù, si ha il caso piuttosto della perdita, che dell'acquisto; poichè prima del trasferimento dell'oggetto lo stesso diritto era nel proprietario: onde per le cose anzidette, nella riserva di una servitù non si debbe fare attenzione se vi è utilità attuale per il tradente, ma piuttosto se essa sia possibile (l).

Lo *Hufeland* tiene altra via: fa distinzione tra interesse ed utilità; nella regola generale si comprenderebbe solamente l'interesse, che è un elemento essenziale a tutte le servitù, le quali sarebbero di nessun momento, mancandovi l'interesse: l'utilità poi, che consiste nell'incremento vero del valore del fondo non sarebbe, secondo la legge 19, indispensabile per la costituzione di una servitù (m).

La opinione più fondata sembra essere quella, secondo cui la legge 19 non farebbe che applicare il noto principio, che non sia ostacolo alle servitù prediali, il fatto che il presente possessore del fondo dominante per condizioni sue individuali non ne ritragga nessun vantaggio, al caso che la servitù costituita per tali ragioni, non sia di utilità attuale al costituente. Da ciò si spiega perchè il giurista accenni solo a una servitù riservata; poichè fuori di questo caso pare difficile che alcuno costituisse una servitù che non gli sia attualmente di utilità (n).

§. 177.

II. Diverse specie di servitù.

1) Le servitù si possono distinguere primamente in personali e reali. Sono personali quelle costituite in vantaggio di una determinata persona, fisica o morale, e si estinguono con la morte di colui in vantaggio del quale è costituita. Si annoverano tra le specie principali delle servitù personali, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e le opere de'servi e degli animali: oltre alle quali quattro specie di servitù personali si possono costituire molti diritti in vantaggio di una persona a modo di servitù, e perfettamente anche quei diritti i quali generalmente vengono costituiti come servitù reali p. e. *servitus aquaehaustus, pascendi, itineris* (a), così dette servitù anomale.

(l) *Gaedke*, an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit Rost. 1726 sect. III. pag. 20.

(m) *Hufeland*, diss. part. II. dissert. 2. pag. 88. ss. — ved. anc. *Ordolff*, cit. p. 32. ss.

(n) *Vangerow*, I. §. 338. — *Puchta*, Istit. II. §. 232. — *Puchta*, Pand. §. 178. not. h.

(a) L. 1. de servit. (8. 1.): *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usufructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.* — L. 32. de usufr. (7. 1.). — L. 4. 6. de serv. praed. rust. (8. 3.). — L. 6. de serv. leg. (33. 3.). — L. 14. §. 3. de alim. leg. (34. 1.).

Le servitù reali sono quelle costituite in vantaggio di un determinato fondo, il quale fino ad un certo punto si rappresenta come subbietto (*praedium dominans*), dirincontro ad un altro fondo che si riguarda come obbietto (*praedium serviens*).

Le servitù reali si sogliono suddividere in servitù rustiche e servitù urbane. Ma, considerando il contenuto del diritto piuttosto che le qualità del fondo dominante o del servente, esse si possono suddividere in *servitus habendi*, *servitus faciendi*, e *servitus prohibendi*.

a) Le *servitutes habendi* sono quelle per le quali colui, in cui favore sono costituite, ha sempre sotto la sua potestà un pezzo del fondo servente; sono di questa specie le *servitutes oneris ferendi*, *tigni immittendi* ecc.

b) Le servitù *faciendi* sono quelle per le quali il proprietario del fondo dominante ha facoltà di eseguire qualche azione sul fondo servente: p. e. le *servitutes itineris, actus, viae* ecc.

c) Finalmente le servitù *prohibendi* sono quelle per le quali il proprietario del fondo dominante ha facoltà di vietare, che nel fondo servente si eseguisse una qualche azione; sono di questa specie le servitù *altius non tollendi, ne luminibus officiatur*.

Questa divisione, sebbene non risulti dai testi, pure è la base della divisione de' Romani in servitù rustiche ed urbane, poichè senza badare se il fondo dominante o il servente sia rustico od urbano, si può concludere che le servitù *habendi* e *prohibendi* sono urbane, le *faciendi* rustiche (b).

2) Queste prime divisioni sono fondamento dell'altra in servitù positive e negative; nella quale il criterio distintivo è tratto dall'obbligo del proprietario del fondo servente; poichè le *servitutes habendi* e *faciendi* sono positive, le *prohibendi* negative.

3) Le servitù sono ancora *continue*, quando vengono esercitate mediante possesso continuo, o in ogni tempo; *discontinue* nel caso contrario (c).

ANNOTAZIONE

La distinzione in *servitutes habendi, prohibendi, faciendi* è tanto più importante, che si quistiona ancora sul vero significato della distinzione in servitù rustiche ed urbane. L'opinione comune oggi è che la qualità di servitù rustica od ur-

(b) *Vangerow*, I. §. 339. ann. II.—*Gaedke*, o. c. pag. 7.—*Stever*, I. c. I. §. 8. 9.

(c) L. 14. de servit. (8. 1.). *Paul.* *Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habent certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in praediorum urbanorum observatur.*—L. 7. quemadm. servit. amitt. (8. 6.).—L. 2. 5. de aq. quot. et est. (43. 20.).

hana dipende dalla qualità del fondo dominante, secondochè questo è un edificio, ovvero un fondo vacuo (d). Altri invece fanno dipendere la distinzione dalla qualità del fondo servente: e finalmente altri affermano che non si può dare servitù urbana senza edificio, indipendentemente se l'edificio è il fondo dominante o il fondo servente: le servitù *praediorum rusticorum* sarebbero quelle che possono essere costituite tra due fondi vacui (e).

Egli è certo che in nessuna parte delle leggi trovasi la definizione delle servitù rustiche, ed urbane; e solo mediante la triplice distinzione da noi seguita, la quale comprende tutte le servitù reali, senza fare questione se il nome di rustico ed urbano debba dipendere dalla qualità del fondo dominante o del servente, si possono cessare le controversie. E di vero noi definiamo servitù rustiche le *servitutes faciendi*, urbane le *servitutes habendi* e *prohibendi*. Occorre per altro particolarmente esaminare le molte obiezioni, che possono farcisi.

1) Può mettersi in dubbio che la servitù *aquaeductus* appartenga alle servitù *faciendi*, in quanto che essa non è considerata diversamente dalla *servitus oneris ferendi*, *tigni immittendi*; e per conseguenza quantunque servitù rustica, apparterebbe, secondo il nostro concetto, alle servitù *habendi*. Questa difficoltà cessa quando si consideri che questa servitù non consiste nell'avere il *rivus*, ma più veramente in ciò, che per mezzo del rivo qualcuno abbia la facoltà di condurre l'acqua dal fondo servente nel fondo dominante: invero per la *quasi possessio* di questa servitù non si richiede la esistenza del rivo, ma che il proprietario del fondo dominante avesse effettivamente per mezzo di esso condotto l'acqua nel suo fondo; e solo per questa condizione può aver luogo l'*interdictum de aqua quotidiana et aestiva*. Tuttociò mena a concludere che la servitù *aquaeductus* appartenga alle servitù *faciendi*, e che si distingue essenzialmente dalle servitù *habendi*.

Esaminandosi l'intera teoria delle servitù la triplice distinzione si trova perfettamente giustificabile, quantunque fosse stata nominata strana dal *Puchta* (f). Considerando specialmente la diversità dei principii intorno al possesso, agli interdetti possessorii, al modo di estinzione per non uso ecc., che regge le varie servitù, essa non si saprà deciferare, e parrà singolare rispetto alla distinzione delle servitù in rustiche ed urbane; quanto per contrario la diversità di quei principii sarà pienamente giustificata rispetto alla distinzione da noi propugnata, che non prende a fondamento le qualità esterne dei fondi o del dominante, o del servente, ma il contenuto stesso del diritto. Oltre a ciò si potrebbe domandare: premessa la diversità de' principii che regola le servitù, come definire quella servitù, che considerata dai fonti per rustica, sia costituita per un fondo urbano; o viceversa? Tale servitù rimarrebbe sotto i principii della servitù rustica o sotto quelli della urbana? Se si qualificasse ancora per rustica, si pronunzierebbe l'insussistenza della comune teoria; essendochè una servitù rustica sarebbe costituita non per un fondo rustico, ma per un fondo urbano (g). Se poi si qualificasse per servitù urbana, e si dicesse ad esempio che la *servitus itineris* costituita per un edificio sia urbana, e sia perduta per mezzo della usu-

(d) *Unterholzner*, prescrizione, li. pag. 120. — *Hoffmann*, I. pag. 28. — *Zachariae von Lingenthal*, sulla distinzione nella servitù rustiche ed urbane, Heidelberg 1844. pag. 95.

(e) *Von den Pforten*, nell'archivio di pr. civ. XXII. 2. — *Sintenis*, diritto civile prat. I. pag. 567.

(f) Ved. *Puchta*, Pandette §. 183. not. (e). — *Corso delle Istituzioni* §. 253. not. 9.

(g) *Lohr* nel suo magaz. III. 497. — *Hoffmann*, I. pag. 200.

cipio libertatis e non pel non uso, si affermerebbe che la diversità de' principii stabiliti per le servitù rustiche ed urbane non è fondata sopra le intime specialità dell'una o dell'altra servitù, ma sulla contingenza dei casi: il che non potrà essere seriamente accettato. Queste inconvenienze cessano, quando si terrà conto della triplice distinzione delle servitù reali, come si vedrà nei §§. seguenti (§. 178. 179.).

2) Grande considerazione merita la difficoltà, che secondo la nostra triplice distinzione non è concepibile, che la medesima servitù si possa considerare come rustica e come urbana; e pure ciò è riconosciuto dalle leggi non solo per l'acquedotto, ma ancora per la *servitus itineris*; e secondo un passo di Nerazio molte servitù le quali sono comunemente considerate come urbane, si qualificano come rustiche (h).

Perciò che riguarda la servitù *aquaeductus*, essa è messa certamente tra le servitù rustiche, e con tutto ciò nella legge 11. §. 1. *de publ. act.* è detto: « Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci, item rusticorum etc. » essa quindi si considera ancora come urbana. Ma questo si spiega facilmente, perchè la servitù dell'acquedotto rispetto al fondo, dal quale possiamo condurre le acque è *servitus faciendi*, marispetto all'altro edificio per cui passa e sul quale poggia il nostro rivo, essa è una *servitus habendi*, ed è probabile assai che la legge citata non parli che di questo caso; per la qual cosa, in rapporto al fondo serviente è servitù rustica, urbana rispetto all'altro fondo urbano. Questa interpretazione non contraddice alla leg. 18. *de serv. praed. rust.* (8. 3.), nella quale si dice che una *via* la quale passa per più fondi, dev'essere considerata sempre come una sola servitù; da ciò non siegue che la medesima regola debba applicarsi anche all'acquedotto, la quale servitù dai diversi fondi per mezzo de' quali passa, riceve una diversa qualità.

Lo stesso non può dirsi della *servitus itineris*, ed è perfettamente erroneo che essa possa essere mai considerata come *servitus urbana*; dalla legge 7. §. 1. e 14. *comm. praed. cit.* risulta che si possa avere il passaggio anche per l'edificio altrui, ma punto non è detto che tale servitù debba allora qualificarsi per urbana.

Grande difficoltà certamente la legge 2. *de S. P. R.*: « Rusticorum praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloaca habere » licere per vicini domum, vel praetorium, vel protectum habere licere »; e conviene confessare che niuno ha saputo dare giusta interpretazione a questa legge, sulla quale tanto si è parlato e scritto. Il *Von den Pforten* ed il *Puchta* interpretano la legge come se il proprietario si avesse costituita una servitù per un edificio avvenire, ma essi neppure sono perfettamente sicuri della loro interpretazione; piuttosto è probabile che il giurista avesse usato le parole nel significato puramente locale (i), ovvero che Nerazio in questo frammento esponesse che l'*altius tollendi ecc.*, possono stabilirsi come servitù anche nei *praedia rustica*; o forse nel suo contesto, quel passo era seguito dal principio: che tali servitù in questo caso non divenivano rustiche; accettato nelle Pandette e disgiunto dal nesso, in cui era nell'opera di Nerazio, quel passo manca di quella necessaria limitazione. Checchè ne sia, è certo essere il tutto perfettamente estraneo alla questione; imperocchè, interpretata questa legge come si voglia, sarà sempre una cosa enigmatica.

(h) L. 11. §. 1. *de publ. in rem. act.* (6. 2.). — L. 7. §. 1. L. 14. *comm. praed.* (8. 4.). — L. 2. *de serv. praed. rust.* (8. 3.).

(i) *V. den Pforten*, l. c. pag. 17. — *Puchta*, Istit. §. 253. not. 3.

Diritto romano.

§. 178.

A. Delle servitù reali.

T. Inst. de serv. praed. (2. 3.). — D. de servit. praed. urb. (8. 2.), — de servit. praed. rustic. (8. 3.); — communia praed. tam urb. quam rusticorum (8. 4.). — C. de servitutibus et aqua (3. 34.).

Le servitù reali o prediali suppongono essenzialmente due fondi, dei quali l' uno ha l' utilità, l' altro la soggezione; onde il primo si chiama dominante, servente l' altro. L' utilità dev' essere di natura inerente al fondo dominante, cosicchè deve giovarne qualunque possessore per ciò solo che è possessore di quel fondo; invece l' utilità ristretta a quello o quell' altro possessore senza essere inerente al possesso della cosa, esce fuori del concetto della servitù reale. Diverso è poi, e non sarebbe invalidata la servitù, se alcuno dei possessori per motivi tutto speciali non potesse usufruttare il vantaggio di quel diritto, che qualunque altro potrebbe.

Da questo carattere delle servitù prediali nascono necessariamente i seguenti principii:

1) Il diritto concesso non deve mai eccedere il bisogno del fondo dominante, nè essere costituito in vantaggio di un terzo (a).

2) I fondi debbono stare in vicinanza (b); non che debbano necessariamente confinare, ma che stiano in una tale situazione da rendere possibile la trasmissione del vantaggio dall' uno all' altro; però i fondi possono pur giacere materialmente lontani, ed esser detti vicini nella speciale accettazione della parola in questa teoria.

3) La servitù deve avere una causa perpetua; o con altre parole la servitù dev' essere costituita sopra un fondo, il quale abbia in sè l' attitudine di servire, e che tale attitudine non sia temporanea, accidentale, o convenzionale, altrimenti il vantaggio non continuerebbe per qualunque possessore. È conseguenza, che non si può costituire una servitù, quando

(a) L. 5. §. 1. de serv. praed. rust. (8. 3.): *Ulp. Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum, pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat; et hoc Proculus et Atilicinus existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.* — L. 24. eod.: *Pomp. Ex meo aquaeductu, La-beo scribit, cuilibet posse me vicino commodare; Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit; Proculi sententia verior est.* — L. 6. pr. §. 1. de serv. praed. rustic. (8. 3.) — L. 24. eod.

(b) Ved. not. prec. — L. 12. de pign. (20. 1.).

già innanzi si conosce che non si possa perennemente esercitare: così la *servitus aquaeductus* dev' essere costituita sopra acque vive e perenni, e non sopra uno stagno, ovvero una *servitus aquaehaustus* sopra un pozzo o una cisterna, la quale fosse riempita da acqua fluente o dalla pioggia, e non dalla mano dell' uomo ecc. (c).

4) Finalmente la servitù non si può costituire nè a termine nè *ad certam conditionem*; imperocchè, se carattere delle servitù prediali è, che esse devono procurare il vantaggio non di un solo o di determinati, ma di tutti i possessori del fondo, è incompatibile affatto una condizione risolutiva o un *dies ad quem*. Questo principio davvero non ha più pratica importanza nel nuovo diritto, ed una condizione sia sospensiva sia risolutiva aggiunta può essere tutelata per mezzo di una eccezione *doli* (d).

Il modo e il tempo e l' ora in cui dev'essere esercitata la servitù può essere senza difficoltà stabilito nel contratto di costituzione. Nel caso poi che la servitù sia illimitata, colui che possiede deve esercitarla con ogni civiltà e riguardo possibile (e).

5) Le servitù reali sono indivisibili (f), quindi non possono nè in parte acquistarsi, nè in parte perdersi. Le più importanti conseguenze di questo principio sono:

a) *Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non po-*

(c) L. 28. de servit. praed. urb. (8. 2.): *Paul.* Foramen in imo pariete conclavis vel triclinali quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat, neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit; at quod ex coelo cadit, et si non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.—L. 1. §. 3. de aqua quot. v. aestiva (43. 20.). — L. 1. §. 4. de fonte (43. 22.).

(d) L. 4. de servit. (8. 1.): *Pap.* Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia: *quandiu volam*, constitui possunt; sed tamen si haec adiciatur pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placito servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere.

(e) L. 4. §. 1. 2. de servit. (8. 1.). *Papinian.* Modum adicii servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. §. 2. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent inre constitutae servitutis.—L. 20. §. 1. de serv. praed. urb. (8. 2.). — L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. de itin. (43. 19.).

(f) L. 8. §. 1. L. 11. L. 17. de servit. (8. 1.). *Modestin.* Pro parte domini servitutem acquiri non posse, vulgo traditur. Et ideo si quis fundum habens viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eam casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte quoque neque legari, neque adimi via potest, et si id factum est, neque legatum, neque ademptio valet.—L. 32. de serv. praed. rust. (8. 3.). — L. 3. 7. de servit. leg. (33. 3.). — L. 14. §. 1. de adim. leg. (34. 4.). — L. 1. §. 9. L. 7. 80. §. 1. ad leg. Falcid. 35. 2.). — L. 72. de V. O. (43. 1.). — L. 13. §. 1. de accept. 46. 4.).

test (g); se alcuno dei condomini volesse imporre una servitù sul fondo comune, la costituzione non sarà valida prima che gli altri non vi concorrano; ed è mestieri ancora che frattanto non vi fosse cambiamento nelle persone dei condomini; così ancora se tutti i condomini avessero costituita una servitù sul fondo in comune non per atto tra vivi, ma per legato, la servitù non si potrà dire costituita prima che non si apra la eredità di tutti (h). Principii analoghi regolano la costituzione di una servitù in vantaggio di un condomino.

Il principio fissato per la costituzione di una servitù è applicabile ancora per un' *obligatio ad servitatem constituendam*, onde quando uno dei condomini promette o si fa promettere la costituzione di una servitù, il contratto è inefficace, perchè egli così contraendo non potrebbe avere in mente, la costituzione della servitù riguardo al fondo, ma alla parte ideale; similmente quando il proprietario si fa promettere la costituzione della servitù, e prima della effettiva costituzione aliena parte del fondo, tutto il contratto è inefficace (i). Quando il contratto è fatto nel medesimo tempo da tutt' i condomini, nell' ultimo diritto può avere efficacia, e ciascuno de' più creditori può reclamare il diritto in *solidum*, come ancora ciascuno de' più debitori può essere egualmente convenuto; nella guisa stessa che tutti gli eredi del *promissor* sono obbligati in intiero, e ciascuno de' molti eredi dello *stipulator* ne ha il diritto in *solidum* (k).

Da siffatti principii e dall' altro, che non si può tenere diritto di servitù sulla cosa propria, nasce la conseguenza, che non si può acquistare servitù pel fondo proprio sopra un fondo in condominio, nè acquistarla per questo sul fondo proprio ad uno dei comproprietarii. E per converso, quando il proprietario del fondo dominante addiviene comproprietario del fondo servente, od il proprietario del fondo servente comproprietario del fondo dominante, la servitù non si estingue, perchè si dovrebbe estin-

(g) L. 2. de servitut. (8. 1.).

(h) L. 11. de servit. (8. 1.). — L. 18. comm. de servit. (8. 4.). *Paul.* Idemque dicendum est, et si alter cedat, alter leget servitutes; nam si omnes socii legent servitutes, et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici, utile esse legatum; si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit, nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.

(i) Ved. not. (f). — L. 19. de servit. praed. rust. (8. 3.). — L. 136. §. 1. L. 140. §. 2. de V. O. (43. 1.). *Paul.* Si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea, fundum partemve eius ante constitutam servitatem alienaverit, evanescit stipulatio.

(k) L. 17. de servit. (8. 1.). *Pompon.* Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est; et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt; et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est. — L. 19. de serv. praed. rust. (8. 3.). — L. 4. §. 3. 4. si servitus vind. (8. 5.). — L. 23. §. 9. 10. fam. hercis. (10. 2.). — L. 7. de servit. leg. (33. 3.). — L. 80. §. 1. ad leg. Fal. (35. 2.). — L. 2. §. 2. de V. O. (43. 1.). — *Vangerow*, l. §. 340. — *Hoffmann*, l. pag. 74.

guere in parte, e ciò contraddirebbe al principio della indivisibilità delle servitù (l).

6) Il diritto della servitù reale è così congiunto al fondo dominante, che si trasmette con esso, nè la trasmissione della servitù senza il fondo sarebbe concepibile (m).

7) Finalmente il possessore del fondo servente deve permettere a colui che esercita il diritto di compiere quanto è necessario all'esercizio della servitù, quantunque ciò non fosse nominatamente compreso nella costituzione di essa (n).

ANNOTAZIONE

È controverso se e fino a qual punto debbasi accettare una concorrenza di uso da parte del proprietario del fondo servente.

Senza dubbio nelle servitù urbane, cioè nelle *habendi* e *prohibendi*, non vi può essere questa concorrenza di uso, poichè in queste servitù la facoltà concessa si rappresenta affatto distaccata dal complesso dei diritti di proprietà. Non così nelle servitù rustiche, ossia nelle *faciendi*, nelle quali il proprietario del fondo servente potrebbe benissimo concorrere nell'uso con chi ha il diritto di servitù; ed è riconosciuto che lo possa, con preferenza nondimeno in ogni caso a colui che ha il diritto medesimo. L'applicazione di questo principio è difficile in alcuni casi, quando la servitù reale è costituita senza determinazione di esercizio; così se un *ius pascendi* è costituito come servitù prediale indeterminatamente, e il prato non è sufficiente per le gregge dei due proprietari, si fa questione chi e fino a qual punto debba essere preferito. Alcuni opinano che in questo caso tanto il proprietario del fondo servente, quanto l'altro devono, secondo decisione di periti, egualmente ed in proporzione ridurre le gregge: argomentando dalla legge 13. §. 1. *comm. praed.* (8. 4.), nella quale si limita l'esercizio di *ius lapides in alieno caedendi* indeterminatamente costituito, nel senso che al *dominus* non sia tolto nè l'uso necessario, nè la comodità (o).

Bisogna ciò non ostante decidersi assolutamente contro una simile opinione; imperocchè se il diritto della servitù è indeterminato, ciò vuol dire, che esso debbe essere esercitato, come generalmente tutte le servitù reali, finchè non si ecceda il bisogno del fondo dominante: onde colui in favore del quale è costituita la servitù può pretendere di menare al pascolo tante pecore, quante sieno bisognevoli al suo

(l) L. 6. §. 3. *commun. praed.* (8. 4.). — L. 8. §. 1. *de servit.* (8. 1.). *Paul.* Si praedium meum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive in mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit. — L. 140. §. 2. *de V. O.*

(m) L. 36. *de serv. praed. rust.* (8. 3.). — L. 44. *locati* (19. 2.). *Ulp.* Locare servitutem nemo potest.

(n) L. 20. §. 1. *de servit. praed. urb.* (8. 2.). — L. 10. *de servit.* *Celsus.* Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo, substruendo ita facere, *Proculus* ait. — L. 3. §. 3. *de servit. praed. rust.* (8. 3.). — L. 11. *commun. praed.* (8. 4.). — L. 3. §. 16. L. 4. *pr. de it. act. privat.* (13. 19.).

(o) *Ved. Glück.* X. pag. 180. — *Seuffert. diss.* II. p. 46. ss.

fondo, senza riguardo se e quanto pascolo resti pel bestiame del proprietario del fondo servente. La legge 13. §. 1. cit. non può essere addotta, come quella che non parla propriamente di un diritto di servitù, sìvvero del caso che per consuetudine sia ammesso, poter chiunque, mediante pagamento di una certa somma al proprietario fare lo scavo di una cava di pietre: ed a questo proposito è detto « ita tamen » lapides cadere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei iure domino adimatur ». Nè può citarsi la legge 13. §. 1. de serv. praed. rust. secondo la quale quando è legata una *servitus viae sine ulla determinatione, arbiter dandus est, qui viam determinare debet*; imperocchè questo si spiega dal noto principio che anche il diritto illimitato di servitù deve esercitarsi moderatamente.

2) Delle servitù reali in particolare.

§. 179.

a) *Servitutes praediorum rusticorum.*

Le servitù rustiche, che consistono nel permettere al proprietario del fondo dominante di compiere determinate azioni sull'altrui fondo, possono essere costituite per tre cause: 1.^a per rendere possibile l'esercizio dei diritti di proprietà, 2.^a per accrescere, 3.^a per facilitare il godimento di questa. Qualunque diritto concesso al proprietario vicino per alcuno di questi scopi può costituirsi a modo di servitù; onde queste sono infinite.

Le principali servitù rustiche rammentate nelle leggi sono le seguenti:

1) Le servitù di via, distinte nelle *servitutes itineris, actus, viae* (a).

a) L' *iter* è il *ius ambulandi hominis*, cioè è il diritto di passare sul fondo altrui per andare al proprio; il quale passaggio dovrà farsi a piedi, se l'atto di costituzione dice espressamente così, ovvero, se l'esercizio ne fu determinato per luoghi dove non altrimenti potrebbe andarsi (b), a cavallo ancora ed in lettiga, e se i luoghi determinati al passaggio non sieno naturalmente disadatti all'uso di quei mezzi.

b) L' *actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum*, il diritto cioè

(a) Pr. Inst. de servitut. (2. 3.). Rusticorum praediorum iura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus. Iter est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi vel vehiculum. Actus est ius agendi iumentum vel vehiculum; itaque qui habet iter, actum non habet: qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine iumento. Via est ius eundi, et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se via continet. Aquaeductus est ius aquae ducendae per fundum alienum. — L. 1. pr. h. t. (8. 3.).

(b) Pr. Inst. — cit. ved. not. prec. — L. 1. h. t. cit. — L. 7. pr. L. 12. h. t. (8. 3.). — L. 4. §. 1. de servit. (8. 1.).

di condurre il bestiame o andare in veicolo pel fondo del vicino. Questa servitù è modificabile per contratto; quando nulla fu determinato, essa contiene nel medesimo tempo l'*iter*, cioè non solamente quanto è necessario pel suo esercizio, ma ancora la facoltà di andare pel fondo ad uno scopo qualunque senza *vehiculo et sine iumento*: *qui actum habet et iter habet etiam sine iumento* (c): private disposizioni possono però sempre dividere il *ius itineris* in quest'ultimo significato dalla servitù *actus* (d).

c) La *servitus viae* si distingue dall'*iter* e dall'*actus*, però che suppone essenzialmente una ben determinata strada che nella linea retta dovrebbe essere di 8, e di 16 piedi nelle curve (e). Perciò che riguarda il contenuto, principalmente si comprendono in essa le medesime facoltà che nelle servitù *iter* e *actus*, ma assai meno limitate: imperocchè in queste due servitù il diritto è ristretto all'andare a piedi, ovvero con animali o con veicoli; la via per soprappiù comprende anche la facoltà di trasportar pietre ed ogni sorta di materiale; in una parola le prime consistono nel diritto *eundi et agendi*, la servitù di via nell'avere una strada nel vero significato della parola (f).

Nella *servitus viae* è determinata la strada, non così nelle altre servitù di questo genere almeno per regola: se non che in queste si ha facoltà di scegliere il luogo più opportuno per esercitare sempre *civiliter* il proprio diritto, purchè il proprietario del fondo servente non l'abbia già determinato; nascendo controversia, decide il giudice (g).

2) Vengono in secondo luogo le servitù di acqua, nelle quali sono da distinguere le seguenti:

a) La servitù *aquaeductus*, essenzialmente consiste nel diritto di con-

(c) Pr. Inst. ved. not. (a). — L. 1. cit. L. 7. 12. h. t. (8. 3.). — L. 4. § 1. de servit. (8. 1.). — L. 2. quemadm. servit. amitt. (8. 6.). — L. 58. de V. O. (43. 1.).

(d) L. 4. § 1. si servit. vind. (8. 3.). Ulp. Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.

(e) L. 8. 13. §. 2. 3. L. 23. pr. h. t. (8. 3.). Gai. Viae latitudo ex lege duodecim tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est, ubi flexum est, sedecim. L. 13. §. 2. Iavol. Latitudo actus itinerisque ea est, quae demonstrata est. In via aliud iuris est, nam si dicta latitudo non est, legitima debetur. — L. 6 quemadm. serv. amitt. (8. 6.).

(f) L. 7. pr. h. t. Paul. Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur; iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, et plaustrum ducere et iumenta agere potest; sed trahendi lapidem, aut tignum neutri eorum ius est. Quidam, nec hastam rectam ei ferri licere, quia nec eundi, nec agendi gratia id faceret, et possent fructus eo modo laedi. Qui viam habent, eundi agendique ius habent; plerique et trahendi quoque, et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat.

(g) L. 13. §. 1. 2. Iavol. Si totus ager itineri vel actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae servant. At si iter actusve sine ulla determinatione legatus est, modo determinabitur; et quo primum iter determinatum est, ea servitus consistit, ceterae partes agri liberae sunt. Igitur arbitrer dandus est, qui utroque casu viam determinare debet. — Ved. not. (c).

durre le acque per fondo servente nel dominante (h), indifferente il modo, come per canali di pietra o per altri mezzi stabiliti; essa è variamente qualificata secondo le condizioni fissate nell'atto della costituzione, così si dirà *aqua quotidiana*, se il diritto può essere in ogni tempo esercitato; *aqua aestiva*, se nella sola stagione di state; *diurna* se solo di giorno; *nocturna* se solo di notte (i).

Come contenuto necessario di questa servitù si deve porre anche la facoltà di far passare nel fondo altrui i canali, le canne di metallo, e in una parola tutto quanto serve all'esercizio della servitù (k). È d'avvertire che la facoltà concedente la servitù di aquedotto è solo di porre canali di metallo o di legno, e non quella di averne uno di pietra; poichè, essendo questo più della servitù, ha bisogno di essere espressamente determinato nel contratto (l). Essendo una servitù reale, l'acqua dev'essere esclusivamente addetta al vantaggio del fondo dominante e non di altro, nemmeno al giovamento del proprietario (m). La servitù di aquedotto può essere de-

(h) Pr. Inst. h. t. — ved. not. (a). — L. 1. §. 1. h. t.

(i) L. 5. pr. de aqu. quod. et aest. (43. 20.). *Julian.* Quum constet, non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi, potest eodem tempore alius quotidianam, alius aestivam aquam ducere, ita ut aestate dividatur inter eos aqua, hieme solus ducat is, qui quotidianae ius habent. — Pare che *Ulpiano* intenda in altro senso la differenza tra *aqua quotidiana* ed *aestiva*, e propriamente non come una differenza giuridica, ma per riguardi economici, e di opportunità. *Ulp.* L. 1. §. 3. eod. . . . Aestiva autem ea est, quae aestate sola uti expedit, sicuti dicimus vestimenta aestiva, saltus aestivus, contra aestiva, quibus interdum etiam hieme, plerumque autem aestate utamur. Ego puto probandum ex proposito utentis, et ex natura locorum aqua aestiva a quotidiana discerni; nam si sit ea aqua, quae perpetuo duci possit, ego tamen aestate sola ea utar, dicendum est, hanc aquam esse aestivam. Rursus si ea sit aqua, quae non nisi aestate duci possit, aestiva dicitur; sed et si ea sint loca, quae natura non admittant aquam nisi aestate, dicendum erit, recte aestivam dici. — Da queste ultime parole si scorge che non è questa legge affatto in contraddizione con la precedente, poichè in questa *Ulp.* ha voluto avvertire diversi significati delle parole *aqua aestiva*, e non esclude affatto, come altri pretende, il senso di *Giuliano*; di guisa che la legge di quest'ultimo giureconsulto è integrata da quella di *Ulpiano*; cioè s'intenderà per *aqua aestiva* nel senso di *Giuliano* quella, che non si può usare per contratto, e non quella di cui l'uso è escluso per volontà dell'utente, o per natura del luogo. — Ved. anc. L. 2. §. 1. h. t.

(k) L. 15. h. t. *Pompon.* Quintus Mucius scribit, quum iter aquae, vel quotidianae, vel aestivae, vel quae intervalla longiora habeat, per alienum fundum erit, licere fistulam suam vel fictilem, vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret; et quod vellet, in rivo facere licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret.

(l) L. 17. §. 1. de aqua et aqu. (39. 3). *Paul.* Recte placuit, non alias per lapidem aquam duci posse, nisi hoc in servitute constituenda comprehensum sit; non enim consuetudinis est, ut, qui aquam habeat, per lapidem stratum ducat. Illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, ut per fistulas aqua ducatur, etiamsi nihil sit comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt, ita tamen, ut nullum damnum domino fundi ex his detur.

(m) L. 24. h. t. *Pompon.* Ex meo aqueductu, Labeo scribit, cuilibet me posse vicino commodare; *Proculus* contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit; *Proculi* sententia verior est.

terminata a servirsi dell'acqua altrui, ovvero a cercare l'acqua nel fondo altrui, e condurla nel proprio (n). Nel primo caso originariamente questa servitù non poteva essere costituita che sopra una fonte, più tardi non si tenne più necessaria questa condizione, dato per altro che la servitù avesse una causa perpetua (o).

La servitù di aquedotto può essere ceduta per più fondi, e la stessa acqua, e nello stesso canale, dato che non sia leso il diritto anteriormente esistente; il modo di servitù sarà oggetto di private convenzioni (p);

b) La *servitus aquaehaustus* consiste nel diritto di attingere direttamente l'acqua dal fondo vicino, e nella facoltà necessaria di camminare pel fondo servente ed andare alla fonte (q);

c) La *servitus pecoris ad aquam appulsus* consiste nel diritto di condurre ad abbeverare nel fondo del vicino il bestiame destinato alla coltura di un altro determinato fondo (r). Come la servitù antecedente implica l'*iter*, questa implica l'*actus*.

3) Altre facoltà possono essere costituite come servitù; così vengono la servitù di pascere il bestiame destinato alla coltivazione del fondo dominante (s): la *servitus calcis coquendae, arenae fodiendae*, ecc. (t).

(n) L. 10. h. t. *Paul.* Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat; nam si liceat non dum aedificato aedificio servitutem constituere, quare non aequè liceat, nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? *Etsi ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest.*

(o) L. 4. de aqu. quotid. et aest. (43. 20.). *Julian.* Lucio Titio ex fonte meo ut aquam duceret, cessi; quaesitum est, an et Maevio cedere possim, ut per eundem aquaeductum aquam ducat, et si putaveris, posse cedi per eundem aquaeductum duobus, quemadmodum uti debeant. Respondit, sicut iter, actus, via pluribus cedi vel simul, vel separatim potest, ita aquaeducendae ius recte cedetur; sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum, utile iudicium reddi, sicut inter eos, ad quos usufructus pertinet, utile communi dividendo iudicium reddi, plerisque placuit. — L. 1. §. 7. 8. eod. — L. 9. h. t. *Paul.* Servitus aquaeducendae vel auriendae, nisi ex capite vel ex fonte, constitui non potest; hodie tamen ex quocunque loco constitui solet.

(p) L. 4. de aqua quot. et aest. (43. 20.). — Ved. not. preced.

(q) L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. L. 3. §. 3. L. 9. h. t. — *Ulp.* L. 3. §. 3. Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum; et ut ait Neratius libro tertio Membranarum, sive ei ius hauriendi et adeundi cessum sit, utrumque habebit; sive tantum hauriendi inesse et aditum; sive tantum adeundi ad fontem, inesse et haustus. Haec de haustu ex fonte privato; ad flumen autem publicum idem Neratius eodem libro scribit, iter debere cedi, haustum non oportere; et si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agere.

(r) L. 1. §. 1. L. 4. eod. *Papin.* Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus.

(s) L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 4. 6. §. 1. eod. *Ulp.* In rusticis computanda sunt aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, ius pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.

(t) L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. L. 6. eod. — Ved. not. preced.

b) *Servitutes praediorum urbanorum.*

Le servitù urbane comprendono così quelle che permettono al proprietario del fondo dominante di tenere in sua potestà un pezzo del fondo servente (*servitus habendi*), come quelle che abilitano il primo d'impedire al proprietario dell'altro determinate azioni (*servitus prohibendi*).

1) Appartengono alla prima specie le seguenti:

a) La *servitus oneris ferendi* consiste nelle facoltà di appoggiare il proprio edificio sul muro o sulla colonna altrui. Questa servitù ha di particolare che il proprietario del fondo servente deve riparare nei modi stabiliti nell'atto di costituzione il muro, o la colonna che sostiene l'edificio (a); altrimenti il proprietario del fondo dominante ha diritto di fare le riparazioni necessarie, e di respingere le opposizioni dell'altro con l'interdetto *de itinere reficiendo*. Quest'obbligo del proprietario del fondo servente non è strano, nè fa eccezione alla massima: *servitus in faciendo consistere nequit*; imperocchè sta nella natura stessa di questa servitù, che il muro, su cui fonda l'edificio, debba restare in perpetuo atto a sostenerlo, e non è lecito quindi al proprietario del fondo servente di trascurarlo in modo che rovini l'edificio; d'altra parte l'obbligo non è personale, ma ha origine dalla cosa; cessa qualora si abbandoni la proprietà (b).

b) La *servitus tigni immittendi* consiste nelle facoltà d'immettere una parte del nostro edificio nell'altrui; questa servitù differisce dalla prima in ciò, che il proprietario del fondo servente non è obbligato a fare nessuna riparazione (c).

(a) L. 33. de serv. praed. urb. (8. 2.). — L. 6. §. 2. 5. 7. L. 8. pr. §. 2. si servit. vind. (8. 5.). Ulp. Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et Gaius putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet; nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cuius res servit. Sed valuit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, ins sibi esse, cogere adversarium reficere parietem, ad onera sua sustinenda. Labeo autem, hanc servitutem non hominem debere, denique licere domino rem derelinquere, scribit.

(b) L. 6. §. 2. in fin. eod. — ved. not. prae. — *Mühlenbruch*, arch. di prat. civ. XIV. §. 32. — *Luden*, o. c. §. 20. 51.

(c) Ved. not. (a). — §. 1. Inst. h. t. — L. 6. 2. h. t. *Gai.* Urbanorum praediorum iura talia sunt; altius tollendi et offendi luminibus vicini, aut non extolendi; item stillicidium avertendi in tectum, vel aream vicini aut non avertendi; item immittendi tigna in parietem vicini, et denique proliciendi protegendive, ceteraque istis similia. — L. 242. §. 1. de V. S. (30. 16.). — L. 18. §. 2. quemad. serv. (8. 6.).

c) La *servitus proiciendi* consiste nella facoltà concessa al proprietario del fondo dominante di far sporgere una parte del proprio edificio verso l'altrui, senza che vi si appoggi (d).

d) La *servitus protegendi* consiste nel fabbricare un tetto nell'aria del vicino per proteggere il proprio edificio dalla pioggia (e).

e) Oltre queste molte altre vi sono le quali non han bisogno di speciale menzione; come la *servitus stillicidii, fluminis recipiendi*, per lasciar cadere sull'altrui fondo l'acqua piovana sia a gocce, sia a torrente (f). In questa servitù il proprietario del fondo servente non deve imprendere atto, che ne impedisca la servitù come non fabbricare fino alla origine dello stillicidio (g). Similmente il proprietario del fondo dominante non deve rendere più grave la servitù; ed, essendo stato riconosciuto essere meno gravosa pel fondo servente l'acqua che scende dall'alto, l'utente non potrà rendere più bassa la caduta delle acque piovane (h). È da rammentare ancora la *servitus cloacae, fumi, latrinae*, consistenti nel poter dirigere il fumo, gettare l'acqua sporca, od aprire una fossa da letame nel fondo vicino (i), e finalmente quella di aprire una finestra nel muro altrui, servitù che si può costituire anche per una futura edificazione del muro (k).

2) Appartengono alle *servitus prohibendi* le seguenti:

a) La *servitus altius non tollendi* consiste nel diritto d'impedire al vicino l'elevamento del suo edificio (l).

b) La *servitus ne luminibus e ne prospectui officiatur*, consistente nel diritto d'impedire che il proprietario vicino operasse in guisa da che menomare la luce o togliere il prospetto all'edificio dominante (m) (1).

(d) L. 2. h. t. (8. 2.). — ved. not. prec.

(e) L. 2. cit. ved. not. (c). — L. 29. §. 1. ad. ieg. Aquil. (9. 2.).

(f) §. 1. Inst. de servit. (2. 3.). — L. 2. ved. not. (e). 17. §. 3. L. 28. in fin. h. t.

(g) L. 20. §. 3. h. t. Paul. Si servitus stillicidii imposita sit, non licet domus servientis arcae ibi aedificare, ubi casitare coepisset stillicidium.

(h) L. 20. §. 5. eod. Paul. Stillicidium, quoque modo acquisitum sit, sitius tolli potest; levior enim sit eo facto servitus, quam quod ex alto cadit, lenius et interdum direptum; nec perveniat ad locum servientem; Inferius dimitti non potest, quia fit gravior servitus, id est pro stillicidio flumen.

(i) L. 8. §. 5. L. 17. §. 2. si servit. vind. (8. 3.). — L. 7. de servit. (8. 1.). — L. 40. h. t. L. 1. §. 4. de cloacis. (43. 23.).

(k) Ved. §. 179. not. (a).

(l) L. 2. h. t. ved. not. (c). — §. 1. Inst. de servit. (2. 3.).

(m) L. 3. 4. 13. 16. 17. §. 1. 2. L. 23. pr. h. t. Ulp. L. 15. Inter servitates ne luminibus officiatur, et ne prospectus offendantur, aliud et aliud observatur, quod in prospectu plus quia habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum, in luminibus autem non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant; quodcumque igitur faciat ad inimicis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeat; opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat, ut luminibus nocent. — §. 2. Inst. de act. (4. 6.).

Finalmente le servitù menzionate nei testi non sono che esempi, e perciò anche altri diritti possono essere costituiti a modo di servitù, tanto rustiche quanto urbane (2).

ANNOTAZIONE

(1) In che consiste la *servitus luminum* e come si distingue dalle altre servitù affini si raccoglie dalla legge 4. h. t., una delle più controverse del *corpus iuris* ed occasione di molte monografie (n). Questa controversia, che in fondo ha poco importanza positiva, è definita dalla maggior parte dei giuristi in modo, che la *servitus luminum* non sia altro se non lo stesso *ius luminis immittendi*, cioè il diritto di aprire una finestra nel muro comune o altrui (o).

Sinile a questa controversia è l'altra: se la *servitus prospectus* debba distinguersi dalla *servitus ne prospectui officiat*. Oggi credesi comunemente che la prima non sia differente dalla seconda, e che le espressioni *servitus prospiciendi* del §. 2. Inst. de act. (4. 6.), *servitus de prospectu* della legge 12. h. t., e *servitus ne prospectui officiat*, *ne prospectui offendatur*, *prospectui obsit* nelle LL. 3. 15. h. t. L. 5. pr. de op. nov. nunc. (39. 1.) non sieno che diversi nomi della medesima servitù (p).

(2) Nei testi è da notare che il contrario di una servitù urbana è determinato come un'altra servitù: così presso alla *servitus altius non tollendi* vi è la *servitus altius tollendi*; presso alla *servitus ne luminibus officiat* è ammessa l'altra *luminibus officiat*; presso alla *stillicidi avertendi* la *stillicidi non avertendi*. Ma in nessun testo è poi definito il carattere ed il fondamento giuridico di queste servitù, onde questo punto è soggetto di serie controversie. Il *Cujac*, principalmente tra gli antichi, e molti dei moderni giuristi ammettono che l'estinzione di un diritto di servitù urbana si rappresenti come la costituzione di una servitù contraria. Tale opinione, sebbene fortemente combattuta in questi ultimi tempi, sembra essere la sola vera.

È indubitato che a primo aspetto è questa l'idea prima di chi senza presupposti si fa a leggere quei passi; tanto più che queste servitù sembrano a bella posta esprimere nella loro contraddizione il termine delle prime, essendo composte delle medesime parole aggiunto o tolto un semplice *non*: *ut stillicidium vel flumen recipiat quis.... vel non recipiat.... altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi, item stillicidium avertendi... aut non avertendi* (q). A tutto ciò si

(n) V. *Feuerbach*, Saggi civili n. 1. — *Dabelow*, sulla *servitus luminum* contro il professore *Fenerbach*, Halle e Lipsia 1804. — *Steuer*, de servitut. cap. III. §. 6. seq. — *Griesinger*, de servitut. lum. et ne lum. off. Reutl. 1819. — *Goldschmidt*, Archiv. di prat. civ. V. 18. — *Luden*, op. cit. §. 24. — *Fahne*, il diritto delle finestre e de' lumi, Berl. 1835. 2. ediz. 1840. §. 2. 7. — *Hoffmann*, o. c. I. pag. 103. — *Vangerow*, I. §. 342. annot. 1.

(o) *Mühlenbruch*, comp. II. §. 278. — *Mackeldey*, §. 289. — *Malblanc*, princ. iuris rom. II. §. 278. — *Puchta*, Sistem. §. 90. ecc. — *Griessinger*, o. c. append. I. c. 1. pag. 223.

(p) §. 2. Inst. de act. (4. 6.). — §. 2. Inst. de servit. (2. 3.). — L. 1. pr. L. 2. h. t. — L. 2. de serv. praed. rust. (8. 3.). — L. 26. de except. rei iud. (44. 2.). — confr. L. 21. h. t. — L. 20. pr. de servit. praed. rust. (8. 3.). — *Gai*. Inst. II. 31. IV. 3.

(q) *Cujac*. not. ad §. 2. Inst. de act. (4. 6.). — *Dirksen*, giornale per la scienza storica del

aggiunga che Teofilo, volendo determinare il concetto di queste servitù, ha espresso perfettamente questa opinione (r). È naturale che coloro i quali combattono questa dottrina attribuiscono un errore a Teofilo; ma bisogna andare molto guardinghi, nel riprovare la opinione di Teofilo; come compilatore delle Istituzioni è un miglior giudice dei moderni giuristi, e l'esperienza ci ha insegnato in questi ultimi tempi che tutte le opinioni di Teofilo credute erronee fino al passato secolo, si sono provate giustissime dopo la scoperta delle istituzioni di Gaio ed altri testi importanti (s).

Oltre queste ragioni puramente esteriori, ma che pure hanno un certo valore, l'opinione che difendiamo è pienamente giustificata dal carattere giuridico delle servitù urbane. Non possiamo sconvolgere essere una potente ragione in contrario, che l'estinzione di un diritto di servitù fa ritornare il fondo alla naturale libertà, al dominio illimitato, che non si concilia col concetto di servitù, ossia di una novella limitazione. Bisogna ricordarsi però che nel diritto romano la costituzione di una servitù urbana pone, che una parte intellettuale di proprietà è staccata dal fondo servente e congiunta al dominante. Considerando adunque che il proprietario del fondo servente, per ottenere che si estingua una servitù urbana costituita sul suo fondo, deve riacquistare quella parte intellettuale perduta, che può dirsi ora *aliena*, non suonerà più contraddittoria che la estinzione di una servitù urbana si rappresenti come l'acquisto di un diritto positivo, ovvero come la costituzione di una servitù contraria. Per conferma di ciò appunto nelle servitù urbane è necessaria l'*usucapio libertatis*, il cui carattere essenziale è, che il proprietario del fondo servente potrà sulla via della prescrizione acquisitiva riacquistare quella parte ideale staccata dalla sua proprietà e congiunta alla proprietà dominante. Pure si è voluto trovare un argomento contrario nelle espressioni adoperate in rapporto all'usucapione sopraddetta, e propriamente dalla legge 4. §. 28. *de usucap.* (41. 3.). « *Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex* » Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute ». Questo argomento ha poca importanza considerando, che queste diverse espressioni non accennano a diversità di diritti, ma a diversità di subbietto; allora consiste in fatti la libertà di un fondo, quando il proprietario stesso ne ha tutti i diritti, la servitù invece, quando un altro può usare qualcuno di quei medesimi diritti che spetterebbero al proprietario; nè è assolutamente sconosciuto ai Romani il principio di vedere in una *usucapio libertatis* una *usucapio servitutis* (t).

Dalla dottrina da noi sostenuta nasce che l'azione per stabilire il *ius aedes suas tollendi* è la confessoria, e ciò non contraddice alla legge 4. §. 7. *si serv. vind.* (8. 5.) secondo la quale al medesimo scopo è rammentata un' *actio negatoria*; imperocchè l'ultima ha luogo, qualora il diritto di edificare più alto sia conseguenza dell'illimitato diritto di proprietà; val dire quando non vi era servitù in contrario, la

diritto II. pag. 418. — Mackeldey, §. 289. not. h. k. — v. anc. Scherpp, comp. II. pag. 175. — Mühlenbruch §. 277.

(r) §. 1. Inst. de servit. (2. 3.). — L. 2. h. 1.

(s) Theof. ad §. 1. Inst. cit.

(t) L. 32. §. 1. de serv. praed. urb. Julian. Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur; quare, si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desistit, interpellatus usucapio est; is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit; integro statuto tempore libertatem usucapiet: natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

prima quando il diritto *altius tollendi* si fonda sul riacquisto della libertà di elevare (u). Quest'azione afferma naturalmente un principio positivo nella formola: *ius actori esse altius tollere*.

Comunemente s'intende per la servitù *altius tollendi* il diritto di edificare più alto di quello ch'è permesso per legge, considerato il vantaggio del vicino. Per ammettersi questa opinione fa mestieri provare che tali leggi di edificare a una certa misura esistessero generalmente in Roma, che appartenessero al diritto privato piuttosto che al pubblico, e che potessero essere abolite per mezzo di private disposizioni; ma ciò non si è provato ancora (v). D'altra parte la legge di edificare a una certa misura, che naturalmente limita il diritto di ogni proprietario di disporre liberamente della sua cosa, è concepibile come una servitù legale *altius non tollendi*; se dunque per estinguere questa servitù è prescritta la costituzione di una servitù contraria, perchè non dovrebbe essere il medesimo per l'estinzione di una servitù fissate da private disposizioni?

Più apparenza di vero ha l'opinione che circoscrive il *ius altius tollendi* al solo caso di una estinzione parziale di una servitù, pel principio che la servitù non si può acquistare nè perdere in parte, una parziale estinzione sarebbe solamente possibile con la costituzione di una servitù contraria (x). Non si potrebbe contraddire con ragione ad una simile opinione; ma il principio che la giustifica, essere la servitù urbana una parte ideale di proprietà aggiunta al fondo dominante, giustifica benanche la dottrina più larga, che l'estinzione parziale o totale di una servitù urbana è compiuta per mezzo della costituzione di una servitù contraria (y).

2) Delle servitù personali.

§. 181.

a) Dell'usufrutto.

T. Inst. de usufructu (2. 4.). — D. de usufructu et quemadmodum quis utatur. fruaturs (7. 1.). — C. de usufructu (3. 33.). — Vat. Fragm. §. 41. sqq. — *Galveanus*, de usufructu diss. var. Pat. 1630. Tübing, 1788. — *Noordt*, de usufr. libr. II. ved. app. tom. I. pag. 337. sqq. — *Maianisii*, disqq. n. II.

I. L'usufrutto è definito dalle leggi *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*; ossia una servitù personale che dà ad una determinata persona il diritto di usare la cosa altrui e percepirne i frutti senza toccarne la sostanza. Colui il quale ha questo diritto appellasi usufruttuario, o anche fruttuario; e ciò che resta al proprietario è *nuda proprietas*, ed è perciò appellato *dominus proprietatis*, o *proprietary* (a).

(u) §. 2. Inst. de act. (4. 6.). — *Gai.* Inst. IV. 3.

(v) *Schilling*, osserv. sulla stor. del diritto romano, pag. 149. Lips. 1829. — *Dirksen*, nel giornale per la scienza storica del diritto.

(x) *Puchta*, corso delle Istit. II. 253.

(y) *Vangerow* I. §. 342. ann. 3.

(a) L. 1. pr. §. 3. L. 2. 15. §. 6. L. 17. h. t. — L. 14. §. 1-3. de usu. (7. 8.). — §. 1. 3. Inst. h. t.

Il diritto di usufrutto è divisibile; può essere costituito sopra una parte intellettuale, restando piena la proprietà delle altre parti; più ancora non è incompatibile l'usufrutto di molti nel medesimo tempo sulla stessa cosa (*partes pro indiviso*).

II. In virtù di questa servitù personale l'usufruttuario ha il diritto di godere ampiamente della cosa, cioè non è limitato al solo godimento secondo la natura di essa, ma si estende a tutti i frutti sì naturali che civili (b).

Secondo questi principii bisogna stabilire la natura e la estensione dell'usufrutto sulle diverse categorie delle cose serventi.

1) L'usufruttuario acquista la proprietà dei frutti naturali per mezzo della percezione, i figli del bestiame per mezzo della separazione dal corpo materno. Il suo diritto si estende ancora a tutti i frutti pendenti al tempo della costituzione dell'usufrutto (c).

2) Se ad usufrutto fu dato un bosco, dipende dalla natura di questo il determinare i diritti dell'usufruttuario e specialmente: se la *silva* è *caedua*, ossia se la rendita consiste semplicemente nel taglio delle legna, l'usufruttuario ha diritto di usare di esse non solamente per l'uso della propria persona, ma ampiamente anche vendendole (d). La limitazione unica si deve ricacciare dal concetto stesso della servitù di usufrutto, cioè l'usufruttuario non deve per tagliar legna deteriorare il bosco, ma fare i tagli secondo la natura degli alberi e l'uso del paese. Che se la *silva* è *caedua* nel più stretto significato della parola, ossia « *quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur* » il diritto dell'usufruttuario decisamente è di tagliare ed appropriarsi le legna senza essere obbligato a nessuna restituzione (*etiam si intempestive caesa sit*) (e). In caso che la *silva* non è *caedua*, ossia che gli alberi non sono destinati per legna,

(b) L. 7. pr. L. 13. pr. b. t. *Ulp.* Usufructu legato omnis fructus rei ad usufructuarium pertinet. Et aut rei soli, aut rei mobilis usufructus legatur.

(c) L. 28. de usur. (22. 1.). *Gai.* In secundum fructu etiam fetus est, sicut iac, et pilus, et lana. Itaque agni, et hoedi, et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessores et fructuarii. — L. 12. §. 5. L. 27. pr. 48. §. 1. L. 68. b. t. *Ulp.* Iulianus libro trigesimo quarto digestorum tractat: si fur decerpserit vel decuerit fructus matris pendentes, an conditione teneatur, domino fundi, an fructuario? Et putat, quoniam fructus non sunt fructuarii, nisi ab eo percipiuntur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario conditionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius, fructus non esse abiatos. — §. 36. 37. Inst. de div. rer. (2. 1.). — L. 120. de legat. (30.).

(d) L. 9. §. 7. b. t. *Ulp.* . . . Nam et Trebatius scribit, silvam caeduum, et arundinetim posse fructuarium caedere, sicut paterfamilias caedebat, et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse uti; ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi. — L. 22. pr. de usu et hab. (7. 8.).

(e) L. 48. §. 1. b. t. *Paul.* Silvam caeduum, etiam si intempestive caesa sit, in fructu esse constat, sicut olea immatura lecta, item foenum immaturum caenum in fructu esse. — L. 30. pr. de V. S. — conf. L. 42. de usu et usufr. leg. (33. 2.).

l'usufruttuario non avrà certamente il diritto di fare tagli: ma con tuttociò può servirsene acconciamente per la coltivazione del fondo: come fare pali per la vigna, o bronconi per gli alberi da frutti sulla misura di un diligente coltivatore, purchè non deteriorasse il fondo e non tagliasse i pali dagli alberi di alto fusto (f).

III. In rapporto alla cosa l'usufruttuario ne ha l'uso, senza diritto nè di usare oltre la natura di essa, nè d'imprendere qualsiasi modificazione, e cambiamento nella coltura senza espresso consenso del proprietario, purchè non fossero di quelle modificazioni le quali sono effetto dell'uso e dello scopo dell'usufrutto stesso; su questo punto l'uso secondo la qualità dall'oggetto meglio si determina *arbitratu boni viri* (g) (1). Similmente l'usufruttuario potrà impedire allo stesso proprietario qualunque cambiamento potesse pregiudicare il suo diritto (h). L'usufruttuario potrà usare delle accessioni della cosa principale, purchè le sieno riunite, egli non avrà diritto se fosse l'accessorio staccato dal principale come è per esempio l'isola nata in mezzo al fiume (i).

IV. In rapporto al diritto stesso l'usufruttuario è libero di disporre l'esercizio in favore di qualunque terzo, sia per liberalità, sia mercè corrispettivo, ma non potrà alienare il diritto stesso eccetto al vero proprietario; e molto meno potrà disporre in favore altrui di alcun diritto sulla cosa medesima (k). D'altra parte il proprietario potrà pienamente disporre della sua *nuda proprietas* in qualunque modo; ma non potrà da sè solo disporre in favore altrui di qualunque diritto sulla cosa, che potesse pregiudicare le ragioni dell'usufruttuario (l).

(f) L. 13. §. 4. L. 10. 11. h. t. *Pompon.* Ex silva caedua pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumtutum; ex non caedua in vinesm anmtutum, ònm ne fundum deteriorem faciat. L. 11. *Paul.* Sed si grandes arbores essent, non posse eas caedere.

(g) L. 7. §. 3. L. 8. L. 13. §. 4. 8. h. t. *Ulp.* Cassius quoque scribit libro octavo Iuris civilis, usufructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum asserere cogitur arbores; et Aristototeli notat, hæc vera esse. Neratius autem libro quarto Membrarum sit, non posse fructuarium prohiberi, quominus reficiat, quia nec arare prohiberi potest, aut colere; nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa, ut tectoria, et pavimenta, et similia facere, neque autem ampliare, nec nulla detrudere posse. — L. 8. quamvis melius repositurus sit; quæ sententia vera est.

(h) L. 13. §. 7. L. 19. §. 1. b. t.

(i) L. 91. §. 2. de leg. (32.). — L. 9. §. 4. L. 13. §. 8. *Ulp.* Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit, tractari; et placuit alluvionis quoque usufructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usufructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat; esse enim velint propriam fundum, cuius usufructus ad te non pertineat. Quæ sententia non est sine ratione: nam ubi latet incrementum, et usufructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.

(k) L. 12. §. 2. L. 38. 40. L. 67. h. t. *Julian.* Cui usufructus legatus est, etiam invito herede extraneo vendere potest. — §. 3. Inst. h. t. — L. 15. fam. hercis. (10. 2.).

(l) L. 2. C. b. t. *Sever. et Anton.* Verbis testamenti, quæ precibus inseruisti, usufructum

ANNOTAZIONI

(1) Grande difficoltà si è voluta scorgere nei §. 4. e 5. della legge 13. credendoli in contraddizione, poichè nel §. 4. è stabilito il principio che l'usufruttuario non può cambiare un giardino di piacere in un giardino di frutti, quantunque la rendita divenisse maggiore, e nella prima parte del §. 5. Ulpiano ammette che l'usufruttuario possa eseguire in una parte del fondo dato in usufrutto escavazioni di pietre, di arena, di minerali a condizione *si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est*, ovvero *si nihil agriculturae nocebit*; mentre nella seconda parte del medesimo §. in contraddizione, come sembra, è detto che l'usufruttuario potrà distruggere perfettamente un oliveto, un vigneto, e fare novelle piantagioni migliori, essendogli permesso di rendere più proficua la proprietà.

Il Noodt cerca risolvere la contraddizione, opinando che dalle parole *et si forte* fino a *poterit*, siavi una non autentica interpolazione di un antico giurista, ciò che è smentito dall'autorità di tutti i manoscritti e dalle Basiliche (m). Il Feuerbach al contrario crede sufficiente una piccola modificazione nella punteggiatura del testo; e, congiungendo in una parola *et si*, legge in questa guisa: « Proinde venas quoque lapidinarum et huiusmodi metallorum inquire poterit, vel ipse instituire, si nihil agriculturae nocebit, etsi forte in hoc, quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt. Forsitan et haec deicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem ». In questo modo il testo offre certamente tutt'altro significato, che come vien letto comunemente, ma non si può accettare questa congettura; imperocchè al testo si dovrebbe ancora aggiungere dopo le parole *agriculturae nocebit*; *sin secus, nequit*, e rimproverare ad Ulpiano di essersi espresso negligenemente. Secondo il Feuerbach le parole *forsitan* etc. non si potrebbero spiegare; il suo pensiero ch'esse si rapportino alla facoltà dell'usufruttuario di piantare in luogo di alberi vecchi piante giovani e migliori, non può essere accettato; perchè la parola *haec* necessariamente deve riferirsi alle altre *arbusta, oliveta*, e quindi significa non alberi determinati e distinti, ma tutta la piantagione. Il Madai confutando la dottrina del Feuerbach opina che le parole: *Si quidem ei permittitur meliorare proprietatem*, non debbansi ritenere come un argomento di Ulpiano per la sua decisione, ma la supposizione di un permesso espresso dato dal proprietario all'usufruttuario; cosicchè il significato sarebbe il seguente: L'usufruttuario secondo le regole potrà fare le piantagioni solamente nei fondi non ancora coltivati; quando poi gli è stato espressamente dato il permesso *proprietatem meliorare*, egli potrà cambiare un fondo già coltivato in altra piantagione, che frutti maggior rendita. Anche questa interpretazione è insufficiente; imperocchè, indipendentemente dalla impossibilità grammaticale, si verrebbe al curioso risultato, che uno debba farsi espressamente permettere dal proprietario, ciò che direttamente è permesso dalle leggi, avendo per legge l'usufruttuario il diritto di rendere migliore il fondo tenuto in usufrutto. È vero che il Madai cerca cansare lo scoglio portando questa distinzione tra *meliorare* del contratto, e *meliozem facere* della legge

legalum tibi animadvertimus. Quae res non impedit proprietatis dominum obligare creditori proprietatem, manente scilicet integro usufructu tui iuris. — L. 13. §. 7. L. 47. h. t.

(m) Noodt, de usufr. L. 6. observ. 1. 9. — Basil. XV. 1. 13.

Diritto romano.

67

concesso a qualunque usufruttuario, che il primo consista in un'azione positiva, e l'altro non già; quanto poco peso abbia quest'ultima argomentazione non è necessario dimostrare.

Considerate attentamente le facoltà date all'usufruttuario sulla disposizione della cosa stessa si scorgerà di leggieri, che si è voluto vedere una difficoltà non vera, e portare modificazioni ad un testo spiegabile secondo i principii generali. L'usufruttuario in vero è limitato nel diritto di disporre della cosa in ciò: primamente che non può cambiarne la sostanza, ossia trasformarla in un'altra; ed in secondo luogo che non può deteriorarla. Se è dato in usufrutto un podere, l'aprire una cava di pietre in qualunque parte di esso non dev'essere considerato come trasformazione dell'oggetto, rimanendo il podere sempre lo stesso, purchè non se ne pregiudichi la coltivazione. Il cambiare coltivazione come piantare viti dove erano frutti, dev'essere ancora permesso all'usufruttuario, quando effettivamente le nuove piantagioni rendono frutto maggiore; un cambiamento di sostanza non ha luogo neppure in questo caso, onde l'usufruttuario con ciò non sorpassa i limiti del suo diritto. Tutto ciò è giusto quando si dà in usufrutto un podere in generale, e questo è il primo caso; ma non quando l'usufrutto è dato sopra una speciale coltivazione, come sopra una vigna; qui, cangiando coltivazione, si cangia la sostanza della cosa: questo è il secondo supposto di Ulpiano, e la soluzione vi è ragionevolmente diversa dalla precedente.

(2) Anche quanto alla disponibilità del diritto stesso di usufrutto due leggi sembrano in contraddizione. Di un contratto, per mezzo del quale l'usufruttuario trasferisce altrui il diritto di usufrutto, il §. 3. Inst. h. t. secondo la regola generale stabilisce la nullità: « *Finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur; nam cedendo extraneo nihil agitur* ». Al contrario Pomponio altrove detta, che per mezzo di questa cessione non si trasmette l'usufrutto, ma segue una consolidazione:.... « *quoniam diximus, usufructum a usufructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et, si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usufructum; quidam ergo remedii loco etc.* (n) ». Lungo sarebbe esaminare le tante opinioni per conciliare questi due passi (o). In fondo bisogna convenire che i testi sono tra loro in una opposizione, che la storia rischiara. Nella legge 66. cit. di Pomponio si fa parola, come accenna ancora un passo di Gaio a questo proposito (p), di un atto di stretto diritto civile, della *in iure cessio*. Per essa nell'antico diritto si producevano tutte le conseguenze rigorose, quantunque sorpassassero la volontà delle parti (q). Applicando questo principio al caso nostro bisogna convenire con la opinione di Pomponio, che la *in iure cessio*, producendo l'estinzione del diritto da una parte, e non potendo produrre, come dovrebbe, la costituzione dello stesso diritto dall'altra parte per la personalità dell'usufrutto, la servitù si consolida con la proprietà. Questa conseguenza rigorosa trovò oppositori più tardi e surse controversia: Gaio rappresenta il nuovo principio più mite, e il suo contemporaneo Pomponio l'altro più

(n) L. 66. de iure dot. (23. 3.).

(o) Glück, IX. pag. 223. not. 40. — Mühlenthal, cessione 3^a ediz. pag. 31. not. 52. — Huschke, studii I. pag. 240. not. 71. — Van den Watter, obs. iur. Rom. lib. III. c. 11. — Arndts, giorn. di Giessen N. S. VIII. p. 90.

(p) Gai. Inst. II. 30.

(q) Ulp. fragm. XI. 7. XI. 14. — Gai. Inst. III. 34. — Vangerow, Latini, Iuliani pag. 20. ss.

rigoroso. È naturale che nella legislazione giustiniana dovette trionfare il principio più mite di Gaio; tanto più in quanto il passo di Gaio tratta la questione *ex professo*, è messo appunto nella teorica dell'usufrutto, ed è adottato pienamente da Giustipiano nelle sue Istituzioni; quandochè il frammento di Pomponio è stato messo sotto una rubrica nella quale la teoria è trattata per incidente (r).

§. 182.

a) Obblighi dell'usufruttuario, e specialmente della cauzione.

T. D. Usufructus quemadmodum caveat (7. 9.).

1) L'usufruttuario deve usare della cosa con ogni riguardo, e col proposito continuo di mantenerla in buono stato; quindi è obbligato ad usare la diligenza di un buon padre di famiglia (a); ma non risponde delle deteriorazioni che senza sua colpa vengono dalla vetustà e dal necessario esercizio del diritto (b).

L'usufruttuario deve adunque mettere in uso tutt' i mezzi adatti al mantenimento della cosa sulla quale esercita il suo diritto, e per conseguenza, se è un edificio, egli deve farvi le necessarie riparazioni (c); se è un fondo rustico, ha l'obbligo di mantenere con gelosa cura le piante secondo le regole vedute nel paragrafo precedente, e sostituire agli alberi vecchi e caduti simili nuovi (d). Similmente se obbietto dell'usufrutto è una greggia, ha l'obbligo di mantenerla nel medesimo stato, allevando i figli del bestiame e sostituendoli ai capi mancanti (e).

Sono altresì a carico dell'usufruttuario tutti i pesi inerenti alla cosa, come le imposte, e le contribuzioni di guerra (f).

(r) V. *Puggé*, Musco del Reno I. pag. 143.—*Vangerovv*, I. §. 344. ann. 3.

(a) L. 9. pr. §. 2. de usufr. (7. 1.). — §. 38. Inst. de rer. div. (2. 1.). Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarius submittere debet, ut et Iuliano visum est, et in vinearum demortuorum vel arborum locum alios debet sustinere; recte enim colere et quasi bonus paterfamilias uti debet.

(b) L. 12. §. 1. L. 13. §. 3. 4. de usufr. (7. 1.). *Ulp.* Et generaliter Labeo ait, in omnibus rebus mobilibus modum eum tenere debere, ne sua feritate vel saevitia ea corrumpat; alioquin etiam lege Aquilia eum conveniri. §. 4. Et si vestimentorum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non utetur.—L. 9. §. 3. h. t. *Ulp.* Si vestis usufructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit, finito usufructu vestem reddi, attamen non obligari, si eam sine dolo malo attritam reddiderit.

(c) L. 7. §. 2. de usufr. (7. 1.). — L. 7. C. de usufr. *Gordian.* Eum, ad quem usufructus pertinet, sarta tecta suis sumtibus praestare debere, explorati iuris est. Proinde si quid ultra, quam impendi debeat, erogatum potes docere, solemniter respoces.

(d) §. 38. Inst. de rer. div. (2. 1.).—ved. not. (a).—L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. de usufr. (7. 1.).

(e) L. 68. §. 2. L. 70. de usufr. (7. 1.). *Ulp.* Plane si gregis vel armenti sit usufructus legatus, debet ex agnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum.—ved. not. (t.).

(f) L. 27. §. 3. eod.

2) Terminato l'usufrutto la cosa dev'essere restituita al proprietario con tutti i frutti non ancora percepiti. Se la cosa data in usufrutto era capace solamente di frutti civili, percependosi questi giorno per giorno, estinto l'usufrutto, essi vengono divisi tra il proprietario e gli eredi dell'usufruttuario in proporzione della durata dell'usufrutto (g). Se invece i frutti civili sono equivalenti di frutti naturali, essi sono acquistati dal momento che i naturali si saranno acquistati p. e. dal fittaiuolo per mezzo della percezione, e quindi, terminato l'usufrutto dopo che il colono avesse percepito i frutti naturali, i frutti civili spetteranno all'usufruttuario o ai suoi eredi, quantunque non fosse terminato ancora l'anno della locazione (h).

L'usufruttuario inoltre deve rispondere di ogni danno cagionato per colpa sua, di qualunque diminuzione di valore, e della mancanza a qualunque obbligo convenuto anche durante l'usufrutto (i).

3) Il proprietario, per garentire l'osservanza di questi obblighi, avrà diritto di esigere, secondo l'editto pretorio, cauzione dall'usufruttuario ch'egli userà della cosa come buon padre di famiglia *arbitratu boni viri*, e che terminato l'usufrutto gliela restituirà (k). È privato dell'usufrutto chi mancherà di dare la cauzione richiesta, ed il proprietario

(g) L. 25. §. 2. L. 26. h. t. (7. 1.). *Paul.* Si operas suas locaverit servus fructuarius, et imperfecto tempore locationis usufructus interierit, quod superest, ad proprietarium pertinebit. Sed etsi ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerat, capite deminuto eo idem dicendum est.

(h) L. 58. h. t. (7. 1.). *Scaevol.* Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri colono sublati, quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante Kalendas Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debent inter heredem fructuariae et Rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi, Rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die secundum ea, quae preponerentur, integram pensionem percepturum.

(i) L. 1. §. 6. 7. h. t. — L. 13. §. 2. L. 15. §. 7. de usufr. (7. 1.). *Ulp.* De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur, et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus ait; nam fructuarium quoque teneri his actionibus, necnon furti, certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. Denique consultus, quo bonum fuit, actionem polliceri Praetorem, quom competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur; nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. Eadem et in usuario dicenda sunt.

(k) L. 9. §. 1. L. 7. pr. h. t. — L. 13. pr. de usus. 7. 1.). *Ulp.* Si cuius rei usufructus legatus erit, dominus potest in ea re satisfactionem desiderare, ut officio iudicis hoc fiat; nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. Haec autem ad omnem usumfructum pertinere Iulianus libro trigesimo octavo Digestorum probat. Si usufructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisderit, se boni viri arbitratu usum fruturum, sed etsi plures sint, a quibus usufructus relictus est, singulis satisfacere oportet.

potrà ritenersi la cosa, finchè l'altro non vi adempia, rivendicarla se l'ha già consegnata, e in entrambi i casi domandare la cauzione stessa per mezzo della *condictio incerti* (l).

Alcune persone sono liberate dall'obbligo della cauzione; esse sono: il fisco, il padre per l'usufrutto sul peculio avventizio regolare del figlio, e finalmente colui, al quale fu dato assolutamente l'usufrutto, e da un tempo determinato la proprietà (m).

Ognuno finalmente può esser liberato dal prestar canzione per mezzo di contratto (n).

§. 183.

b) Del quasi usufrutto.

T. D. de usufr. earum rer. quae uso consum. vel minuantur. (7. 5.).— *Held*, la teoria dell'usufrutto ear. rer. quae usu consumuntur vel minuantur, Würzburg 1848.

1) L'usufrutto suppone necessariamente cose non consumabili per uso; le cose fungibili e consumabili di loro natura si oppongono all'esistenza di questo diritto. Pure un senatoconsulto espressamente dichiara che l'usufrutto potesse estendersi a tutte le cose soggette al patrimonio: onde sulle cose fungibili fu da quel senatoconsulto riconosciuto un diritto analogo, appellato perciò quasi usufrutto (a).

(l) L. 7. pr. h. t. *Ulp.* Et si usufructus nomine re tradita satis datum non fuerit, Proculus ait, posse heredem rem vindicare; etsi obiciatur exceptio de re usufructus nomine tradita, replicandum erit. Quae sententia habet rationem, sed et ipsa stipulatio coudici poterit.—L. 13. pr. de usufr. (7. 1.). ved. not. (k).

(m) L. 1. §. 18. ut leg. caus. cav. (36. 3.). — L. 8. §. 4. C. de bonis quae lib. (6. 61.). — L. 9. §. 2. h. t. *Ulp.* Plane si ex die proprietates alicui legata sit, usufructus pare, dicendum est. Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem, vel ad heredem eius perventuram.

(n) L. 46. de pactis (2. 14.). — L. 1. C. de usufr. (3. 33.). — confr. L. 6. C. ut in poss. leg. (6. 34.).

(a) L. 1. h. t. (7. 5.).—§. 2. *Iusl.* de usufr. (2. 4.). Constituitur autem usufructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis, et iumentis et ceteris rebus, exceptis his, quae ipso non consumuntur. Nam haec res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usufructum: quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata; namque in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usufructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae usufructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisfaciendi heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur: ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant; sed aestimatis his satisfaciatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti haec fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usufructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usufructum constituit.

Per la natura di queste cose consumabili per uso non si può determinare lo stesso principio del vero usufrutto, cioè l'uso *salva rerum substantia*; ma esse devono necessariamente essere trasferite nella proprietà del quasi usufruttuario con obbligo, che finito il suo diritto, debba l'usufruttuario restituire la medesima qualità e quantità di cose fungibili.

La grande differenza quindi che intercede tra il quasi usufrutto e il vero usufrutto è, che in questo è trasferito solamente il possesso naturale della cosa, quando per contrario nell' altro passa addirittura il dominio ed ogni pericolo nell' usufruttuario; cosicchè questi dovendo restituire non la cosa stessa, ma la stessa qualità e quantità, non può essere liberato per la perdita della cosa.

In rapporto agli obblighi il quasi usufruttuario è anche tenuto di prestare cauzione (b).

Il quasi usufrutto è applicabile altresì ai diritti di obbligazioni o ai crediti (*ususfructus nominum*); perlocchè le cose patrimoniali tutte ponno servire all' usufrutto, e questa servitù per le cose non fungibili varrà come usufrutto, per le altre come quasi usufrutto (c).

2) In alcuni casi può essere dubbio se debba riconoscersi un usufrutto ovvero un quasi usufrutto: così p. e. sui crediti di danaro sarà vero usufrutto, se all' usufruttuario non fu trasferito che il solo uso, cioè la riscossione degl' interessi senza toccare alle somme dei crediti, allora vi sarà p. e. un legato di reddito; lo stesso avviene quando si concede l' usufrutto di monete antiche (d): sarà quasi usufrutto se fu concessa la riscossione degli stessi crediti. L' usufrutto sopra una somma di danaro varrà sempre come quasi usufrutto.

§. 184. *

c) Dell' uso.

T. Inst. de usu et hab. (2. 3.).—D. h. t. (7. 8.).—*Scheurl*, de usus et fructus descrimen, Erl. 1846.

L' uso è un diritto reale, che dà facoltà di godere una cosa altrui senza percepirne i frutti; è la prima parte della servitù precedente com-

(b) §. 2. Inst. de usufr. (2. 4.). — Ved. not. prec. L. 2. 4. 6. 7. 9-11. h. t.

(c) L. 3. 4. h. t.—L. 3. h. t. (7. 3.). *Ulp.* Post quod omnium rerum usufructus legari poterit, an et nominum? Nerva negavit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usufructum legari, scribit, et remittendas ei usuras.

(d) L. 28. de usufr. (7. 1.). *Pompon.* Numismatum aureorum vel argenteorum veterum, quibus pro gemmis uti solent, usufructus legari potest.

prendendo l'*uti* senza il *frui*. L'uso quindi dà un godimento di gran lunga più ristretto che l'usufrutto, è molto più inerente alla persona, e riguarda più la natura della cosa. Per la qual cosa l'uso a differenza dell'usufrutto è indivisibile, e non ne può essere alienato ad altri l'esercizio (a). Dovendo il godimento determinarsi secondo la natura della cosa, esso è quindi diverso secondo la diversità delle cose date in uso.

1) Il godimento di una casa è limitato solamente all'abitazione, l'usuario deve abitarla, ma non può locarla, poichè la mercede che percepirebbe sorpassa l'uso, ed è un frutto civile (b). La estensione maggiore che si è creduto di fare in questo caso è che l'usuario potrà anche ricevere un inquilino (c).

2) Se furono dati animali in uso, questo consisterà nel usarli secondo la loro destinazione, ossia per l'ingrascio de' terreni, per il lavoro de' campi, ecc., e non per altre utilità, quali sarebbero p. e. gli agnelli, il latte, la lana, tutte cose che possono costituire il frutto e non l'uso (d). Anche in questo caso vi è una estensione maggiore dell'uso, quando cioè si è legato l'uso di cavalli ad uno che fa il mestiere dell'auriga, l'usuario potrà anche locare ad altri il suo godimento; ammesso per altro, che il testatore sapesse il mestiere dell'usuario (e).

3) Egualmente si dica di un giardino di piacere e di altre cose nelle

(a) §. 1. Inst. h. t. Minus autem scilicet inris est in usu, quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum habet usum, nihil alterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis, lignis ad usum quotidianum utatur; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento; nec ulli alii ius, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, quum is, qui usufructum habet, potest haec omnia facere. — L. 11. b. t.

(b) §. 2. Inst. eod. Item is, qui aedium usum habet, hactenus iuris habere intelligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest, et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat; et cum uxore sua, liberisque suis, item libertis nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam servis utitur, habitandi ius habeat, et convenienter, si ad mulierem usum aedium pertineat, cum marito ei habitare liceat.

(c) L. 2. §. 1. §. 4. pr. b. t. Ulp. Et ait Labeo, eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere; item et hospites, et libertos suos, L. 3. Paul. et clientes; L. 4. Ulp. ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat, non belle inquilinum dici, qui cum eo habitat. Secundum haec, et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum. — Vad. L. 8. b. t.

(d) L. 12. §. 2. 3. 4. h. t. Ulp. Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorendum usum duntaxat Labeo ait; sed neque lana, neque agna, neque lacte usum; haec magis in fructu esse. §. 3. Sed si bonum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit et ad arandum, et ad cetera, ad quae bovi apti sunt.

(e) L. 12. §. 4. b. t. Ulp. Equitii quoque legato non videndum, ne et domare possit, et ad vedendum sub iugo uti. Et si forte anringa fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum Circensibus bis usum, quia quasi locare eos videtur; sed si testator sciens, eum huius esse instituti et vitae relinquit, videtur etiam de hoc usu sensisse.

quali puossi distinguere l'uso dal frutto (f); ma se invece si è concesso l'uso di una cosa, che non offre altro godimento che il frutto, ossia nella quale non si possa distinguere il frutto dell'uso, questo consisterà anche nella percezione de' frutti, e il solo criterio, che in questa emergenza distinguerebbe l'uso dall'usufrutto, sta, che nel primo la percezione de' frutti è limitata ai bisogni personali o della famiglia dell'usuuario (g).

Nel resto valgono i medesimi principii dell'usufrutto, e in rapporto alla cauzione, e in quanto agli altri rapporti obbligatorii (h). I pesi che gravitano sulla cosa, e le necessarie riparazioni in generale sono a carico del proprietario, ma se a costui nulla rimane del frutto ch'è assorbito dall'uso, le spese sono a carico dell'usuuario, o secondo le circostanze a carico di entrambi (i).

ANNOTAZIONE

Come si è veduto si può costituire l'uso senza il frutto; si potrà per contrario costituire il frutto senza l'uso? Questa questione per la poca chiarezza delle leggi è ancora viva.

Bisogna stabilire il seguente principio generale: non si dà frutto senza uso, e quando si è costituito il frutto s'intende nel medesimo tempo costituito l'uso; e quando espressamente si fosse legato il frutto, *deducto usu*, il legato è di nessun effetto (k).

Per eccezioni si può in certi limiti costituire il frutto senza l'uso così:

1) Quando a qualcuno sia dato il nudo uso, serbando il proprietario a sè il frutto, questi può costituire per un altro il frutto; colui che avrà questo, avrà lo stesso diritto del proprietario, cioè il frutto senza l'uso: « *Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas; veluti si quis habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres eius tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit* (l) ».

2) Quando si lega ad uno l'uso all'altro il frutto, l'uso si ritiene comune (m).

Questi due casi non sono veramente eccezioni alla regola; nel primo caso il proprietario, costituendo l'uso, se ne riserba quel tanto, che fa bisogno per la separazione de' frutti (n), e quel tanto di uso passa necessariamente al fruituario. È contro-

(f) Ved. L. 12. §. 6. h. t.

(g) Ved. not. (a).

(h) L. 22. §. 2. L. 23. h. t.

(i) L. 18. h. t. *Paul.* Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat; si vero talis sit res, cuius usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est; quae distinctio rationem habet.

(k) L. 14. §. 1. h. t. *Paul.* recept. sent. III. 6. §. 24.

(l) L. 14. §. 3. de usu.

(m) L. 12. eod.

(n) L. 10. §. 4. L. 11. 12. pr. h. t. *Ulp.* Plenum autem usum debet habere, si et villae, et praetorii ei relictus est. Venire plane praetorium ad fructus percipiendos, magis dicendum est; et per tempora fructuum colligendorum etiam habitare illic posse, admittendum est.

verso ancora, se, nel caso che l'uso si estinguesse prima del frutto, si consolidi, ossia si estingue aggiungendosi alla proprietà, ovvero si aggiunge al fruttuario? Quantunque non si trovi nei fonti una decisione, pure è più fondata l'ultima, perchè in caso contrario il proprietario avrebbe poi l'uso, senza il frutto; nel secondo caso anche al fruttuario è dato l'uso.

3) Il terzo caso di una eccezione alla regola è quello di Ulpiano nella L. 13. §. 3. *de accept.* (46. 4.): « Si quis usumfructum stipulatus, usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito, liberatio non continget; si vero quasi ex usufructu, quum possit usus sine fructu constitui, dicendum est, acceptilationem valere ». Quando adunque uno si fa promettere un usufrutto, poscia dà accettazione sull'uso, se fa ciò, perchè crede che il solo uso sia nella obbligazione (*quasi usu debito*), l'errore rende inefficace l'accettazione; se invece stima l'uso non essere che parte del promesso usufrutto (*quasi ex usufructu*), l'accettazione avrà i suoi effetti « *quum possit usus sine fructu constitui* ». A primo aspetto sembra che questa ragione non sia del caso, e si supporrebbe piuttosto il contrario: « *quum possit fructus sine usu constitui*, tanto che Cuiacio preferisce questa lettura. Ma quando si medita il noto principio « *velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est* » (o) si trova giusto il motivo di Ulpiano, epperò qualunque emendazione è inesatta o superflua (p). Se adunque l'accettazione è valida, rimane l'obbligazione ristretta all'altra parte dell'usufrutto, cioè al solo frutto, e così indirettamente si sarà costituito il frutto senza l'uso.

Fatta in questi termini possibile la costituzione del frutto senza l'uso, si può intendere Ulpiano in queste parole. *Ergo et si fructus sine usu obtinuerit, STIPULATIO LOCUM HABEBIT.*

§. 185.

d) Dell'habitatio e opera servorum.

T. Inst. de usu et habitatione (2. 5.).— D. h. t. (7. 8.).— C. de usufr. et habit. etc. (3. 33.).

L'abitazione è un diritto di servitù che dà altrui il godimento di una casa. Presso gli antichi era controverso se questa servitù fosse usufrutto, od uso, ovvero una *servitus sui generis*: Giustiniano sancì quest'ultima opinione, sicchè l'abitazione si distingue essenzialmente dall'uso e dall'usufrutto (a).

(o) L. 16. *de accept.* (46. 4.).

(p) V. *Puchta*, diss. civil. pag. 122 not. 14.— *Löbels*, de usu et fructu, Marb. 1834. pag. 17.

(a) L. 13. C. h. t. *Iustinian*. Quum antiquitas dubitabat usufructu habitationis legato, et primo quidem, cui similis est, utrumne usui vel usufructui, an neutri eorum, sed ius proprium et speciale naturam sortita est habitatio, postea autem, si possit is, cui habitatio legata est, eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decedentes, compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem habitationem reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat, et multo magis, si habitationis usufructum reliquerit, quum et nimiae subtilitati satisfactum videatur,

Questa servitù sorpassa alquanto quello dell'uso, concedendosi a chi esercita l'abitazione di alienarne l'esercizio dietro un equivalente (b).

Oltre a ciò l'uso e l'usufrutto si estinguono per mezzo delle *capitis deminutiones*, non così l'abitazione, considerandosi il subbietto più in una relazione di fatto che di diritto con la cosa, la quale non si estingue neppure come l'uso e l'usufrutto per non uso (c).

2) Le altre regole e le relazioni tra colui che ha il diritto di abitazione ed il proprietario sono conformi a quelle dell'uso e dell'usufrutto.

3) Oltre di questa servitù era stabilita nel diritto romano l'opera dei servi, ossia il diritto di trarre vantaggio dalle opere de' servi in forza di una servitù personale. Questa servitù cessò col sorgere del cristianesimo, sicchè essa appartiene perfettamente alla storia del diritto.

III. Acquisto delle servitù.

§. 186.

A. Per private disposizioni.

Le servitù possono essere acquistate per mezzo di private disposizioni, e specialmente per legato o per disposizioni contrattuali.

Affinchè si potesse acquistare un diritto di servitù per disposizione tra vivi conviene:

1) Che colui il quale vuole imporre sul proprio fondo un diritto di servitù in vantaggio di un determinato fondo o di una determinata persona sia vero proprietario. Anche colui che intende acquistare un diritto di servitù reale conviene che sia proprietario del fondo che sarà dominante (a); l'enfiteuta, il superficiario, il possessore di buona fede possono acquistare e costituire un diritto di servitù, ma fino alla estensione del loro diritto sulla cosa, cosicchè terminata la enfiteusi, la superficie, man-

etiam nomine usufructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usufructum, nec dominium habitationis aperet legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere, et dominium eius domus esse relictum; tunc etenim voluntati testatoris per omnia obediendum est. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus modis, quibus habitatio constitui potest. — L. 10. §. 2. de usu et hab. (7. 8.).

(b) §. 3. Inst. h. t. (2. 3.). — Ved. not. preced.

(c) L. 10. pr. h. t. *Ulp.* . . . Denique donare non poterit, sed eas personas recipiat, quas et usufructus; ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione. — L. 10. C. de cap. min. 4. 5.). — L. 2. pr. de op. serv. (7. 7.).

(a) §. 3. Inst. de servit. (2. 3.). Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium; nec quisquam debere, nisi qui habet praedium.

cato il possesso di buona fede, si estingue immediatamente la servitù (b).

2) Che il proprietario che vuol costituire un diritto di servitù, essendo questo considerato come un'alienazione, abbia il *ius disponendi*.

3) Secondo il principio della indivisibilità delle servitù un comproprietario non potrà nè acquistare nè aggravare il fondo comune senza il consenso degli altri comproprietarii (§. 178.).

4) Se qualcuno ha venduto uno de' suoi fondi, o una parte di un fondo su cui non si possa esercitare il diritto di proprietà senza una servitù, questa s' intende costituita tacitamente (c).

5) La servitù si può costituire con la semplice riserva, quando chi vende un fondo si riserva un diritto di servitù.

Per mezzo del contratto può darsi maggiore o minore estensione ad una servitù esistente (§. 179.). Le servitù che si fondano per mezzo di testamento appartengono alla teoria delle successioni e verranno trattate al proprio luogo.

ANNOTAZIONI

Gli antichi giuristi almeno fino a tutto il secolo passato avevano per fermo, che come nella proprietà, così ancora nella servitù il solo contratto, non fondando che una obbligazione, non era sufficiente per l'acquisto di questo diritto reale, ma vi era bisogno di una *quasi traditio*. Secondo questa teoria adunque bisogna fare la distinzione tra *servitus constituta*, e *servitus acquisita*.

Ciò è stato fortemente contrastato in questi ultimi tempi, sicchè oggi la maggior parte de'giureconsulti si dichiara contraria, e stabilisce il solo contratto essere sufficiente per acquistare un diritto di servitù (d).

(b) L. 1. §. 6. 9. de superf. (43. 18.). *Ulp.* Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficie dari, et quasi usumfructum, sive usum quandam eius esse, et constitui posse per utiles actiones, credendum est.—L. 1. pr. quib. mod. usuf. (7. 4.).

(c) L. 10. 36 37. de servit. praed. urb. (8.2.). *Marc.* Gaurus Marcello: binas aedes habeo, alteras tibi lego, heres aedes alteras altius tollit, et luminibus tuis officit; quid cum illo agere potes, et an interesse putes, suas aedes altius tollat, an hereditarias? Et de illo quaero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem, quae legatur, praestare debet, sicut solet quaeri, quum ususfructus loci legatus est; ad quem locum accedi, nisi per alienum non potest? Marcellus respondit: qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium; idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum ususfructum legaverit. Non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum; habitare autem potest et aedibus obscuratis. Ceterum usufructu loci legato etiam accessus dandus est, quia et haustu relicto iter quoque ad hauriendum praestaretur. Sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.—L. 13. §. 1. de servit. leg. (33. 1.).

(d) *Savigny*, Possesso §.45. Sistema II. pag. 289.—*Schmidlein*, de servitutibus per pactum constituendis, Gött. 1823. — *Michelsen*, Arch. di prat. civ. VIII. num. 14.—*Haertel*, de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex iure Rom. Lips. 1828.—*Schrader*, giornale di

La nuova teoria si fonda sui seguenti punti:

1) Gaio rammenta che le servitù personali e le *servitutes praed. urb.* si acquistavano per mezzo della *in iure cessio*, le *servit. praed. rust.* per mezzo della *in iure cessio* e per mancipazione, e nel §. 31. dice che le servitù sui fondi provinciali si acquistavano per semplice contratto, *pactionibus et stipulationibus id efficere potest* (e). Questo principio che valeva nel diritto anteriore a Giustiniano pe' fondi provinciali fu esteso da quest' ultimo riformatore a tutte le altre servitù.

2) Molti passi determinano espressamente che le servitù si possono costituire *pactionibus ac stipulationibus* (f).

3) Un responso di Ulpiano stabilisce che, quantunque non cominciato il possesso, si può rivendicare un diritto di usufrutto (g).

4) Finalmente è decisivo argomento la legge 14. C. *de servitutibus*, nella quale si questiona: se, in caso che si sia conchiuso un contratto che concede il passaggio sul fondo vicino una volta in cinque anni, tale servitù vada perduta per non uso, quando colui che ne aveva il diritto non l'abbia esercitato nè nel primo nè nel secondo quinquennio.

Dalla esposizione si scorge che la questione fu posta sopra testi positivi, e che gli argomenti sono considerabili. Ma dall'altra parte meditando con non minore diligenza la teoria degli antichi, non si potrà disconvenire da molti moderni che ancora sostengono l'opinione degli antichi giuristi (g), specialmente pei seguenti argomenti:

1) A chi ben considera i principii del diritto romano sui contratti e loro conseguenze e sulle servitù, può sembrare alquanto difficile l'origine della servitù dal semplice contratto. È carattere fondamentale del contratto una promessa, un obbligo assunto, e l'azione che ne sorge è diretta unicamente all'adempimento dell'obbligo a costringere l'altro a fare la cosa promessa. Ora il contenuto della servitù non è certamente quello di obbligare il vicino a fare qualche cosa, od anche ad *obbligarlo* ad un *pati* o ad un *non facere*, ma di avere un *ius faciendi, habendi, prohibendi*; vi esiste certamente l'obbligo dell'altro al *pati* e al *non facere*, ma come conseguenza generale di qualunque diritto, non come contenuto del diritto speciale: « *Obligatio num substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem non stram faciat, sed ut aliud nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum* (i) ». Per la qual cosa le stesse ragioni, che dimostrano la proprietà

Tubinga I. 2. — *Mackelley*, §. 291. — *Puchta*, cors. delle Istit. §. 256, Pand. 187. — *Göschen*, recitazioni §. 307. — *Burchardi*, comp. del diritto romano II. §. 183. — *Arndts*, Pandette §. 186. — *Huss*, giornale di Giessen Nuov. Ser. X. N. 3. 1832.

(e) *Gaio*, Inst. §. 28. 31.

(f) §. 4. Inst. de serv. praed. (2. 3.). — §. 1. Inst. de usufr. (2. 4.). — L. 3. pr. L. 23. §. 7. de usufr. (7. 1.). — L. 12. §. 1. 3. 4. C. de aedif. priv. (8. 10.).

(g) L. 3. §. 14. de vi (43. 16.). *Ulp.* *Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentem, aut non admisit, quum ex fundo exisset non ususfructus deserendi causa. Ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet; quid ergo est? Debet fructuarius usumfructum vindicare.*

(h) *Vangerow*, I. §. 350. — *Duroi*, anch. di pr. civ. VI. p. 284. — *Franke*, diss. civ. N. 3. — *Luden*, servitù §. 54-54. — *Thibaut*, Sist. §. 767. — *Wening*, comp. §. 133. — *Liebe*, la stipul. §. 23. — *Ad. Schmidt*, annali del diritto com. germanico. III. 9. (1839.).

(i) L. 3. pr. de O. et A. (44. 7.).

di una cosa non potersi acquistare col semplice contratto, sono applicabili anche alle servitù.

È certamente grande argomento contrario il *pactum hypothecarium* che genera un diritto reale senza essere necessaria, anzi essendo impossibile la tradizione. Ma chi considera attentamente il carattere giuridico della ipoteca spiegherà facilmente questa apparente eccezione; per l'*obligatio rei* nell'ipoteca è sufficiente il contratto. Per applicare lo stesso principio converrebbe accogliere la definizione del *ius in re* fatta da qualche giurista, cioè: *ius quo res nobis obligata esse fingitur*, ma una tale definizione per le servitù non è accettabile.

2) In molti passi viene rammentata ancora la tradizione (k). Che in tutti i casi non venga egualmente nominata e che non sia detto essere necessaria per l'acquisto delle servitù, specialmente nelle Pandette, ciò si spiega perchè al tempo classico della giurisprudenza romana le servitù si acquistavano per mezzo della *in iure cessio* e alcune per mancipazione, ma non per tradizione. Ma se si ritenesse come sufficiente il semplice contratto per costituire una servitù, a quale scopo sarebbe rammentata anche la tradizione? Si dà per ragione che l'*actio Publiciana* suppone assolutamente la trasmissione del possesso, e qualche giureconsulto moderno afferma, che, se la tradizione ha qualche valore nell'acquisto della servitù, lo è per giovare all'avente diritto dell'*actio Publiciana*, onde, secondo questi autori, la tradizione sarebbe utile non necessaria (l). Dal negarla assolutamente od ammetterla in questa guisa è pure tanto di guadagnato; ma, poichè l'azione medesima non sempre suppone necessariamente il possesso specialmente per quei diritti che si acquistano senza tradizione ved. §. 173, non sarebbe perciò necessaria per le servitù; una volta adunque che nelle servitù per fondare l'*actio Publiciana* si chiede essenzialmente la tradizione (m), significa che il diritto di servitù non si possa acquistare col semplice contratto; chè altrimenti anche per le servitù come per altri diritti, che si acquistano senza tradizione, l'azione Publiciana sarebbe ammessa senza la quasi tradizione, e quindi sparisce il mezzo termine trovato da *Marezoll*.

3) In tutte le leggi che rammentano contratti sulle servitù vien determinata l'*obligatio* come unica conseguenza di essi, specialmente per le stipulazioni del *dari servitutem*, e nasce semplicemente un'*obligatio ad servitutem constituendam* (n). Queste stipulazioni di servitù vengono appellate da' Romani *servitutem, viam, iter stipulari* (o), e molte altre con diverse frasi: *uti frui sibi licere, ire, agere sibi he-*

(k) L. 11. §. 1. de publ. act. (6. 2.). — L. 23. §. 7. de usufr. (7. 1.). — L. 1. pr. quibus mod. usuf. (7. 4.). — L. 20. de serv. (8. 1.). *Javol.* Quoties via, aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius pro iuris traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. — L. 1. §. 2. de ser. praed. rust. (8. 3.). *Ulp.* Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris.

(l) *Marezoll*, Cors. delle ist. ult. ed. Nap. 1868.

(m) L. 11. §. 1. de pub. in rem. act. (6. 2.).

(n) L. 37. de usufr. (7. 1.). — L. 136. de V. O. (43. 1.). *Paul.* Si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve eius ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.

(o) L. 37. de usufr. (7. 1.). — Ved. not. prec. — L. 11. de servit. (8. 1.). — L. 19. de servit. praed. rust. (8. 3.). *Paul.* Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest; sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex

redique suo licere; ovvero per te non fieri neque per heredem tuum, quoninus mihi ire, agere liceat (p).

Per interpretare giustamente i testi citati in contrario con apparenza di vero fa d'uopo ricordare la storia delle servitù. Al tempo dei primi giuristi romani, p. e. di Gaio, a parte il *legatum per vindicationem*, le servitù rustiche potevano acquistarsi soltanto per mancazione, e tutte per *in iuro cessio* (q); in quel tempo non vi era ancora servitù sancita *tuitione Praetoris*, non essendo ancora possibile la *possessio*, e per conseguenza la *traditio* delle cose incorporali (r). Per la qual cosa quando la *mancipatio* e la *iure cessio* erano inapplicabili come riguardo ai fondi provinciali, ovvero quando non ve n'era necessità, come nella vendita di una servitù, onde nasce soltanto l'obbligo del *tradere*, ossia di trasferire la *vacua possessio*, ovvero di costituire la servitù medesima (s), l'acquisto della servitù non potea seguire altrimenti che costituendo delle obbligazioni analoghe al contenuto del diritto reale per mezzo di *pactiones et stipulationes*; facendosi cioè promettere dall'altro, che nè egli nè i suoi eredi avrebbero impedito l'uso della servitù, e stipulando una pena per caso d'inadempimento (t).

Più tardi la scienza accettò in rapporto alle servitù una *quasi possessio* ed una *quasi traditio* (u), e da quel momento, come di proprietà, si ebbero due specie di servitù; cioè la *servitus iure constituta* per mancazione e *in iure cessio*, e la *servitus tuitione praetoris constituta* per quasi tradizione (v); questa seconda avea luogo sempre pei fondi provinciali (x). Quando cessò la solennità delle trasmissioni, come della proprietà, quella differenza delle servitù non ebbe più ragione di essere, e rimase la tradizione come unico modo di trasmettere la servitù tra vivi; si dileguò similmente la differenza tra servitù sui fondi italici e sui fondi provinciali, e restò il diritto dei primi applicato a tutti. Da ciò si spiega il pensiero dei compilatori di generalizzare il diritto dagli antichi giuristi limitato soltanto ai fondi provinciali. Ciò può provarsi col §. 4. *Inst. de servit.* confrontato con Gaio II, 34, con la legge

sociis, sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari iis potest, ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.—L. 25. §. 9. *famil. ere.* (10. 2.). *Ulp.* An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur — veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit —, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.—L. 2. §. 1. L. 58. 75. §. 3. 98. 126. §. 1. L. 140. §. 2. de V. O.—L. 7. §. 1. L. 17. 26. de stipul. servor.—L. 13. §. 1. 3. de accept. (46. 4.).

(p) L. 38. §. 10-12. L. 130. 136. de V. O. (45. 1.). — L. 2. §. 5. L. 4. §. 1. L. 38. §. 6. L. 49. §. 1. L. 75. §. 7. L. 85. §. 3. L. 111. L. 131. pr. eod.

(q) *Gai.* *Inst.* II. 29. e 30.—*Ulp.* XIX. 11.—*Fragm. Vatic.* §. 45.

(r) *Gai.* *Inst.* II. 19. 28. L. 20. de servit. (8. 1.). — L. 3. §. 2. de act. emt. vend. (19. 1.).

(s) L. 20. de servit. (8. 1.). — *Ved. not.* (c). — L. 3. §. 2. de ad emt. vend. (19. 1.).

(t) *Theophil.* ad §. 4. *Inst. de servit.*

(u) *Ved. not.* (l).

(v) *Confr.* L. 1. pr. quib. mod. usuf. (7. 4.). *Ulp.* Non solum usufructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu; et parvi refert, utrum iure sit constitutus usufructus, an vero tuitione Praetoris. Proinde traditus quoque usufructus, item in fundo vectigali vel superficiele non iure consuetis capitis minutione amittitur. — *Frag. vat.* §. 61. — L. 9. §. 1. usuf. quemadm. (7. 9.). etc.

1) *Fragm. Vat.* §. 61.

1. pr. quib. mod. usufr. (7. 4.), e coi frammenti Vaticani §. 61. I testi dunque in cui vengono rammentate le semplici *stipulationes e pactiones*, per ciò che riguarda la forma delle costituzioni di servitù, non hanno se non una storica importanza; ciò si rende massimamente manifesto per la legge 20. *de servitutibus*, nella quale è evidente il passaggio dall'antico nel nuovo diritto. Infine se si volesse dare a questi frammenti un valore positivo bisognerebbe non dimenticare che vi si parla non di servitù come diritti reali, ma di relazioni obbligatorie, le quali hanno un contenuto assomigliante a quelle.

Anche il Keller in questi ultimi tempi ha tentato rafforzare la opinione contraria, pressappoco con le medesime ragioni degli altri, sebbene sotto altra forma. In generale egli, meno in qualche parte, è di accordo con noi, intorno allo svolgimento storico del diritto di servitù, essendo egli convinto, e forse più di noi, che per tutta una età storica la giureprudenza romana non ha concepito un nuovo diritto di servitù come diritto reale altrimenti, che per mezzo della *quasi traditio*, anche prima che questo concetto si fosse totalmente svolto. Laonde, egli conchiude, nei fondi provinciali, e nei casi in cui mancassero le condizioni formali di una *servitus iure constituta*, un nuovo diritto non poteva stabilirsi, che in una di queste forme: o per mezzo di semplice stipulazione che fondava un diritto personale tendente ad obbligare il proprietario della cosa servente a non impedire l'uso della servitù con responsabilità pecuniaria, ovvero per semplice contratto con o senza stipulazione, congiunto all'esercizio del diritto trasmesso, fondandosi così un diritto reale con azioni ed interdetti, ossia una *servitus tuitioe praetoris constituta*. È da notare che questo modo di considerare il diritto storico è quasi comune a tutti coloro che sostengono la opinione contraria.

Come questo concetto di diritto reale delle servitù, che pure è il frutto di una convinzione profonda di secoli, che si rileva in un modo concreto nel diritto pretorio, sia sparito completamente da non trovarne più traccia, ciò a giudizio di Keller e di molti altri, è avvenuto nel passaggio del diritto storico nella legislazione giustiniana; in cui la *iure cessio* e la *mancipatio* essendo sparite come forme positive, non è sparito egualmente il contratto base di quelle forme, e questo è rimasto invece di quelle solo modo per costituire la servitù; di vero, in nessun luogo di questa novella legislazione si rivela, richiedersi invece di quelle forme positive la *quasi traditio servitutis*.

Questo ragionamento più ingegnoso che vero, manifestato, forse con più precisione, da Schmidlein, che fa subire una metamorfosi agli antichissimi modi civili di acquisto, ci fa assistere ad un passaggio così repentino, che non è certamente frequente anzi molto raro nella legislazione di Giustiniano. Anche per l'acquisto della proprietà non vi ha più traccia di *iure cessio* e di *mancipatio*, è restato forse il semplice contratto come modo di acquistare il dominio delle cose? La tradizione, ci si dice, era anche un modo di acquisto civile ristretto alle *res Mancipi* e *nec Mancipi*, e quindi, sparita la *mancipatio* con la distinzione delle cose in *res Mancipi* e *nec Mancipi*, restò l'altro modo come generalmente sufficiente per acquistare la proprietà; più Giustiniano, accettando nel suo Codice la costituzione di Costanzo e Massimiano (L. 20. C. de pact.) « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis per pactis transferuntur* » volle espressamente richiedere come necessaria la tradizione per l'acquisto della proprietà, ciò che non avvenne per la servitù. Però facciamo osservare che quella sentenza pronunciata due secoli e mezzo circa prima di Giusti-

niano accennò come i due modi di acquisto civile erano iti in disuso, e rimastavi la tradizione, non come forma civile ristretta ad alcune cose, ma come modo naturale di acquisto. La *mancipatio* e la *in iure cessio* erano ai tempi di Giustiniano nullo l'altro che un eco storica; il che si vede manifestamente come questo legislatore, abolendo la distinzione delle *res Mancipi* e *nec Mancipi*, ch'era rimasta *pro forma*, parla di quella antica distinzione come di cosa molto antiquata: « *quum res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum est* ». Per la qualcosa nella riforma giustiniana è d'avvertire molto più il predominio del *ius naturale gentium* sul *ius civile*, predominio che nel campo della pratica era già esistente prima di Giustiniano, che non fece che sanzionarlo legislativamente.

Come immaginare una cosa diversa per le servitù, per le quali, essendo anche prima di Giustiniano iti in disuso i due modi civili di acquisto, restò il diritto pretorio solo vigente nella pratica della vita giuridica? E anche a volere ammetterlo, il che non è, che prima della riforma giustiniana fossero in vigore praticamente le due forme di servitù, quella che si acquistava con la *mancipatio* e la *in iure cessio*, e quella che si acquistava con contratto e con l'esercizio, ossia, chiamando le cose coi loro nomi, con la *quasi-traditio*, se uno di questi sistemi è smesso nella riforma, che bisogno v'è di ricorrere a quella tale trasformazione delle forme civili? o piuttosto non è più confacente alla natura delle cose l'ammettere, che tolto uno di quei sistemi, ne resta l'altro? Come è possibile vedere poi una trasformazione di ciò che da lunga pezza più non esisteva?

Abbiamo dichiarato innanzi come debbonsi intendere tutti quei frammenti che parlano di *pacta* e *stipulationes*, Keller a sua volta ci vuol spiegare come debbonsi intendere quegli altri che accennano la tradizione; egli afferma che quei testi accennano a casi straordinarii. Quali? Quelli tra gli altri, che riguardano acquisti di servitù, in cui vi è mancanza di forme civili? Ma giusto questi nella legislazione giustiniana sono i casi ordinarii, anzi i soli possibili dal momento che le forme civili più non esistono; hanno forse cambiato forma, addivenendo ordinarii da straordinarii che erano? Anzi per questa ragione è appunto necessaria la *quasi-traditio*.

Tuttociò che si è detto, cioè che le servitù non si acquistano col semplice contratto, ma al contratto è d'uopo si aggiunga la *quasi-traditio*, non è una regola generale da non ammettere qualche volta delle eccezioni. Nelle servitù negative in fatti sembra sufficiente il solo contratto, ma ciò non è che apparente; imperocchè col semplice contratto immediatamente si acquista anche il possesso della servitù costituita, ossia senza bisogno di un atto esteriore *ipso facto* avviene la *quasi-traditio*. In secondo luogo è sufficiente il semplice contratto, quando qualcuno aliena la sua proprietà, riservandosi una servitù. Fino a tanto che per la costituzione delle servitù fu indispensabile la *mancipatio* e la *in iure cessio* tale riserva poteva aver luogo solamente nel caso che la cosa stessa fosse stata ad altri trasferita con questi medesimi atti solenni (y). Nel diritto Giustiniano è indubitato che anche nel caso di alienazione per tradizione tale riserva può avere efficacia, come probabilmente nel diritto anteriore poteva sorgere in egual modo una *servitus tuitione praetoris* (z); perchè come nell'antico diritto la *mancipatio* e la *in iure cessio* per l'alienazione

(y) *Fragm. Vat.* §. 47. 80. — *Gai. Inst.* II. 33.

(z) *Ved. L. 33. 36. §. 1. L. 34. de usuf. (7-1.). — L. 17. §. 3. 6. 7. comm. praed. (8. 4.). — L. 17. §. 3. L. 34. 35. de servit. praed. urb. (8. 2.). — L. 29. 30. de servit. praed. rust. (8. 3.). — L. 49. quemadm. servit. amit.*

della cosa, era sufficiente per la servitù riservata, senza bisogno di speciali forme per essa; nulla di più naturale che nel nuovo diritto la *traditio* della cosa, succedente alle antiche forme, è sufficiente per la riserva della servitù. Quindi dal Vangerow, di cui accettammo completamente questa dottrina, non si ammette, come crede il Keller, la sua trasformazione prediletta della *mancipatio* in semplice contratto. Finalmente non solo quando è riservata una servitù non è necessaria la quasi tradizione, ma ancora quando di due fondi se ne trasferisce uno col patto che si dovesse costituire un diritto di servitù per l'altro riservato. In questi casi la tradizione dell'oggetto comprende la quasi tradizione: « duorum praediorum dominus » si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium quod datur, serviat ei, quod ipse « retinet, vel contra, iure imposita servitus intelligitur (a) ». Qualche giurista romano, come specialmente Pomponio, andava oltre ammettendo una servitù costituita, quando nel medesimo tempo i due fondi erano trasferiti a due diverse persone, fissando una servitù fra loro, il che non era poi accettato da altri come p. e. da Ulpiano; « quia neque acquirere alienis aedibus servitutem, neque imponere potest (b) ».

§. 187.

B. Acquisto delle servitù per usucapione.

Buss. de servitutum praescriptione, quam vocant acquisitivam. Frib. 1829.

L'usucapione presuppone il possesso di cose ben determinate nello spazio; onde le servitù, consistendo in un diritto, in una cosa incorporale, secondo l'antico diritto non potevano essere possedute; nè per conseguenza usucatte (a). Introdotto per le servitù un quasi possesso in analogia della *possessio proprietatis*, fu benanche riconosciuto l'acquisto per lungo uso (*ex diuturno usu, longa consuetudine*) in analogia della usucapione per l'acquisto della proprietà mediante l'uso di dieci anni tra presenti e venti tra assenti (b). Le regole di questa specie di usucapione sono le seguenti:

1) La servitù dev'esser usata *nec vi, nec clam, nec precario* (c); ma

(a) L. 3. comm. praed. confr. L. 32. 33. 36. de servit. praed. rust. (8. 3.).

(b) L. 6. 8. comm. praed.

(a) L. 14. pr. de servit. (8. 1.). *Paul.* Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus necedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur; vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem etiam in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

(b) L. 10. pr. si servit. vind. (8. 5.). *Ulp.* Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, vel non ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedissee.—L. 1. §. ult. de aqua ei aquae pluv. are. (30. 3.).—L. 5. §. 3. de itinere act. pr. (43. 19.). — L. 1. 2. C. de servit. (3. 34.). — *Paul.* recept. sent. V. 5. §. 7.—Ved. *Haimberger*, §. 290. not. 3.

(c) L. 1. C. de servit. (3. 34.). *Antonin.* Si quas actiones adversus eum, qui aedificium

non è richiesto come per l'usucapione della proprietà il giusto titolo, ma solo la buona fede.

2) Il quasi possesso dev'essere civile, ossia colui che esercita il diritto di servitù deve avere l'*animus rem sibi habendi*, il proposito di acquistare un diritto di servitù (d).

3) Sulle cose incapaci dell'ordinaria usucapione non può usucapirsi servitù.

Il quasi possesso delle servitù, e per conseguenza l'usucapione può essere interrotto:

1) mediante azioni prodotte dal proprietario del fondo servente (e);

2) mediante il divieto di esercitare le servitù (f);

3) in generale per la perdita del quasi possesso (§. 155.).

In tutto il resto valgono le regole dell'usucapione della proprietà, specialmente riguardo all'*accessio temporis*.

§. 188.

C. Acquisito per sentenza giudiziale e per legge.

I. Le servitù possono essere acquistate per sentenza giudiziale, e specialmente per mezzo di aggiudicazione nei giudizi divisorii (a); ovvero per decreto del magistrato, che dichiara come costituita una servitù per la contumacia di chi avea l'obbligo di costituirla: ovvero che faccia rivivere col mezzo della restituzione in intero una servitù già estinta (b).

II. Per legge si acquista il solo diritto di usufrutto, appellato perciò usufrutto legale:

contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per iudicem exercere non prohiberis. Is qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet. — L. 1. §. ult. de aqua et aquae pluv. (39. 3.).

(d) L. ult. quemadm. serv. amitt. (8. 6.). *Paul.* Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo iure uti se credit; ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. — L. 7. de itin. (43. 19.).

(e) L. 10. C. de aqu. vel ret. poss. (7. 32.). — L. 2. C. in fin. de ann. except. (7. 40.).

(f) L. 2. C. de serv. (3. 34.). Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si ante id spatium eius usus tibi interdictum est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, quum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio.

(a) L. 6. §. 1. de usufr. (7. 1.). — L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. fam. erc. (10. 2.). *Ulp.* Sed etiam, quum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adiudicat; sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adiudicando amplius servitutem imponere non poterit. — L. 18. div. (10. 3.).

(b) L. 8. §. 5. si serv. vind. (8. 5.).

1) Il padre acquista l'usufrutto legale sui beni avventizii regolari del figlio (§. 121.), e sopra la porzione virile delle sostanze materne, se i figli emancipati succedono alla madre (c).

2) Per le seconde nozze il coniuge che perde la proprietà dei lucri nuziali serba per sè l'usufrutto ecc. (§. 115.).

3) Durante il matrimonio il marito ha l'usufrutto de' beni immobili della donna costituiti in dote; sciolto il matrimonio per colpa di uno dei coniugi, l'altro coniuge acquista l'usufrutto di quella sostanza su cui, in mancanza di figli, avrebbe acquistato il diritto di proprietà.

IV. Mezzi per tutelare la servitù.

X

§. 189.

A. Dell' azione confessoria e negatoria.

TT. D. si usufructus vel ad alium pertinere negetur. (7. 6); — si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

A tutela del diritto di servitù è data un' azione reale, *confessoria in rem actio*, *vindicatio servitutis*, *petitio*, a riscontro della quale, per affermare la libertà del proprio fondo contro una servitù pretesa da altri, si trova l' *actio negatoria* (a).

1) Riguardo alla prima è attore chi pretende il diritto, e specialmente il proprietario del fondo dominante, e di molti condomini, essendo la servitù indivisibile, ciascuno può essere l' attore *in solidum* (b).

(c) L. 3. C. de bon. mat. (6. 60.).

(a) L. 2. pr. si serv. viud. (8. 5): *Ulp.* De servitutibus in rem actiones competunt vobis ad exemplum eorum, quae ad usufructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.

(b) L. 5. pr. si usufr. pet. (7. 6.). *Ulp.* Ut frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usufructum; dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus serviri; de suo enim non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competit adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videatur, quam alieno, quum invito se negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quod si forte, qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.—L. 1. §. 1. L. 4. §. 3. L. 6. §. 3. 4. si serv. viud. (8. 5.). *Ulp.* Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio; et ita et Pomponius libro quadragesimo primo scribit; sed in aestimationem id, quod luteat, veniet, scilicet quod eius interest, qui experietur. Itaque de iure quidem ipso singuli experientur, et victoria et ailis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest, revocabitur, quamvis per unum acquiri servitus non possit.—conf. L. 16. de servit. (8. 1.). — L. 9. de op. nov. nunc. (39. 1.).

Anche l'usufruttuario del fondo dominante può giovare di questa azione, se non per rivendicare il diritto di servitù reale, almeno per garantire il diritto stesso di usufrutto; come nel caso che il proprietario del fondo servente gl'impedisce il passaggio senza cui non possa esercitare l'usufrutto; ed ancora si noti, potrà valersi dell'*actio negatoria*, quando sia pregiudicato nel suo diritto, perchè altri si arroghi una servitù sul fondo da lui usufruttuato (c).

Può essere attore della *confessoria*, ma solo utilmente, il possessore di buona fede, il creditore pignoratario, l'enfiteuta ed il superficiario (d).

L'attore ha diritto di produrre quest'azione indipendentemente dal possesso della servitù (e).

2) È convenuto chi turba in qualunque modo l'esercizio del diritto, o recisamente lo contrasta (f), chi pretende di ritenere un fondo in pregiudizio dell'usufruttuario (g), finalmente *qui litis sese obtulit* (h), anche indipendentemente se il convenuto fosse o no possessore del fondo servente.

3) È scopo dell'azione *confessoria* che il convenuto riconosca il diritto di servitù, non ne impedisca l'esercizio, e presti all'attore la cauzione *de amplius non turbando*; in mancanza della cauzione all'attore si può deferire il giuramento estimatorio.

Per alcune servitù quest'azione ha le medesime conseguenze della *rei vindictio*: così se per mezzo della *confessoria* si chiede la restituzione dell'oggetto, come nell'usufrutto, il convenuto può essere condannato alla restituzione de' frutti: così nel caso del *fictus possessor* e della *nominatio auctoris* (i).

(c) L. 16. de servit. (8. 1.). *Iulianus*. Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

(d) L. 3. §. 3. L. 9. de oper. nov. nunc. (39. 1.). — L. 1. §. 9. de superf. (43. 18.). — L. 11. §. 1. de publ. in rem act. (6. 2.). Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aqueductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

(e) L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. si serv. vind. (8. 3.). — L. 5. §. 6. si usufr. pet. (7. 6.).

(f) L. 4. §. 3. L. 10. §. 1. si serv. vind. (8. 3.). *Ulp.* Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur, vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicunque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum. Et generaliter, quicunque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri poterit.

(g) L. 5. §. 5. 6. si usufr. pet. (7. 6.). — L. 60. §. 1. de usufr. (7. 1.).

(h) L. 6. si usufr. pet. (7. 6.). *Paul.* Qui de usufructu iudicium accepit, si desierit possidere sine dolo, absolvetur; quod si liti se obtulit, et quasi possessor actionem de usufructu accesserit, damnabitur.

(i) L. 4. §. 2. L. 6. §. 6. L. 7. L. 12. si serv. vind. (8. 3.). *Ulp.* In confessoria actione,

4) In quanto alla prova, l'attore deve provare il diritto di servitù che pretende, e se si tratta di servitù reale, deve provare di essere proprietario del fondo dominante, o almeno di possederlo con un titolo che gli permette di agire in giudizio, indifferentemente se in realtà lo detenga (k).

5) L'azione *negatoria* deriva dal diritto di proprietà anzichè da quello di servitù; difende la libertà dei fondi. Essa si distingue della *rei vindictio* in ciò massimamente che questa è determinata per garantire il diritto di proprietà quando è violato per intero, e l'*actio negatoria* sta contro una parziale violazione. Per la qual cosa l'attore che sostiene la libertà del suo fondo è obbligato solamente a provare la sua proprietà, senza che possa imporglisi la prova che il convenuto non abbia il diritto di servitù: imperocchè compiuta la prova della proprietà, la libertà del fondo è presunta sino a che non si dimostri il contrario; si ha diritto d'impedire mercè la *negatoria* qualunque molestia.

ANNOTAZIONE

Il carattere dell'azione negatoria è stato concepito da qualche giurista differentemente dal comune, declinando la seguente teoria. L'azione *confessoria* è di chi pretende una facoltà positiva, l'*actio negatoria* al contrario di chi pretende, che l'altro non debba fare qualche cosa. Perciò l'*actio confessoria* compete e al proprietario del fondo dominante, quando afferma la esistenza di una servitù positiva, e al proprietario del fondo servente, quando afferma la non esistenza di una servitù negativa. Similmente l'*actio negatoria* compete e al proprietario del fondo dominante, quando afferma la esistenza di una servitù negativa, e al proprietario del fondo servente, quando nega la esistenza di una servitù affermativa (l). Questa alquanto strana teoria è nata sul fondamento di un passo di Teofilo *ad* §. 2. *Inst. de act.* e dal §. 2. *Inst. cod.* (4. 6.), in cui per l'azione confessoria è citata la servitù *altius tollendi*, per la negatoria *il'ius altius non tollendi*.

Ma con ragione quest' opinione è stata comunemente rifiutata, ed a confutarla

quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. Sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt? Et est verius, id demum fructuum nomine computandum, si quid sit, quod intersit agentis, servitute non prohiberi. Sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris, non uti fundi sui itinere adversarium; et hanc sententiam et Pomponius probat.—L. 5. §. 6. si usufr. pet. (7. 6.).—L. 8. C. de serv. (3. 34.). — L. 2. C. ubi in rem. act. (3. 19.).

(k) L. 16. de except. (44. 1.). *African.* Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est; et dico praeterea viam ad eum per fundum Sempronianum. quem tuum esse constat, deberi; si viam petam, exceptionem: quod praedictum praedio non fiat, utilem tibi fore putavi, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quum prius probaverim, fundum Titianum meum esse.

(l) *Veltheim*, de act. confes. et negat. Kil. 1822.—*Weniny*, comp. §. 151.—*Ved. Ghick*, X. pag. 231. not. 56.

basta solamente leggere la leg. 2. pr. si serv. vind. (8. 7.) e le rubriche dei rispettivi titoli delle Pandette. Quanto poi sia fondato l'argomento tratto da Teofilo, e quanto questo giurista possa darci diritto ad esporre differentemente il carattere e la natura di queste azioni, si rileva dalle seguenti sue parole. « *Incorporalibus et confessorie et negatorie (in rem agimus). Confessorie quidem, cum dico, si par ret usumfructum meum esse; negatorie vero, cum id ius nego adversarium habere, dicens, si paret adversarium ius utendi fruendi fundo meo non habere.* » Sic igitur in corporalibus non idem confessorie agit et negatorie, sed confessorie quidem is, qui ius illud, de quo quaeritur, habere dicit, veluti usumfructum aut servitutem in alterius proprietate. Negatorie vero agit ipse dominus fundi aut aedium, affirmans adversarium usumfructum aut servitutem in fundo suo, aut aedibus non habere ». Per l'argomento tratto dal §. 2. Inst. de act. (4. 6.) rimandiamo alla interpretazione delle servitù opposte *altius tollendi* e *altius non tollendi* (§. 180.) (m).

L'azione negatoria è una vera azione di proprietà, tanto più che essa non è limitata a garantire questa solo da un preteso diritto di servitù, reale o personale che sia, ma si estende a guardarla da qualunque parziale violazione, che non sia pure effetto di servitù pretesa (n).

§. 190.

B. Interdetti possessorii.

TT. D. XLIII. 19-23. — Savigny, del possesso §. 45. 46.

Sono anche mezzi per tutelare le servitù gl'interdetti possessorii che sono determinati secondo le diverse specie di servitù.

1) Alle servitù personali è applicabile per editto pretorio non solo l'*interdictum uti possidetis*, e secondo i casi l'*utrubi*, ma ancora l'*interdictum unde vi* e *de precario* (a).

2) Per le servitù reali si hanno molti speciali interdetti, e specialmente per la servitù di via si hanno due interdetti:

a) L'*interdictum de itinere actuque privato* compete a colui, che nel corso dell'ultimo anno, ed in caso di scuse legali, del penultimo anno abbia esercitato il suo diritto almeno per trenta giorni *nec vi, nec clam, nec precario* (b).

(m) Theoph. edict. Fabrot. p. 605.

(n) L. 11. 14. §. 1. si serv. vind. (8. 5.) confr. L. 26. de serv. praed. urb. (8. 2.), come anche le LL. 8. §. 8. L. 13. 17. pr. si serv. vind. L. 2. de arb. caed. (43. 27.). — L. 6. §. 2. de arb. furt. caes. (47. 7.).

(a) L. 4. uti poss. (43. 17.). *Ulp.* In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, etsi alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum, etsi ususfructus quis sibi defendat possessionem; et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum. — L. 3. §. 13-16. de vi (43. 16.). — L. 60. pr. de usufr. (7. 1.).

(b) L. 1. §. 1. h. t. (43. 19.). L. 1. princ. de itin. (43. 19.). *Ulp.* Praetor ait: *Quo iti-*

b) L' *interdictum de itinere reficiendo* si ha quando il sentiero abbia bisogno di essere rifatto: l'attore ha l'obbligo di provare il diritto di servitù, e di prestare cauzione pe' danni possibilmente derivanti dai lavori (*cautio damni infecti*) (c).

3) Per la servitù delle acque si hanno i seguenti interdetti speciali:

a) L' *interdictum de aqua quotidiana et aestiva* protegge la servitù di aquedotto, purchè l'attore avesse esercitato il diritto nell'ultimo anno, quando la servitù per sua natura sia perenne (*aqua quotidiana*); ovvero nelle due ultime estati, qualora l'esercizio ne sia ristretto in questa stagione (*aqua aestiva*); un tale quasi possesso dev'essere anch'esso non viziato, ossia *nec vi, nec clam, nec precario* (d).

b) L' *interdictum de rivis* si dà per fare le necessarie riparazioni al canale che conduce le acque, sotto le medesime condizioni dell'interdetto *de aqua*, eccetto che l'attore non è obbligato a provare il suo diritto (e).

c) L' *interdictum de fonte* tutela la servitù *aquae haustus, et pecoris ad aquam appulsus* alle medesime condizioni dei precedenti; così per l' *interdictum de fonte reficiendo* (f).

d) L' *interdictum de cloacis* è dato e per conservare il diritto della servitù, e per rifare il condotto delle acque immonde; quest'interdetto non incontra ostacolo per il quasi possesso viziato *vi, clam, precario* (g), ma è

nere actusque privato, qua de re agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto. §. 1. Hoc interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas servitutes.

(c) L. 3. §. 11. L. 5. de itin. Ulp. Ait Praetor: *Qui itinere actusque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto; qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius vitium datum sit, caveat.*

(d) L. 1. §. 4. 10. 11. 13. 14. 19. 20. 22. 29. 33. 36. L. 6. de aqua quot. et aest. (43. 20.). Ulp. Ait Praetor: *Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto.* — L. 1. §. 29 eod. Deinde ait Praetor: *Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto. Inter heredes, emtores, et bonorum possessores interdicam.* — L. 1. §. 19. eod. Ulp. Aristo putat, eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo iure uti, non eum, qui scit, se nullum ius habere, et utitur.

(e) L. 1. pr. de rivis (43. 21.). Ulp. Praetor ait: *Rivos, specus, septa reficere, purgare aquae ducendae causa, quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi, non clam, non precario a te duxit, vim fieri veto.*

(f) L. 1. de fonte (43. 22.). Ulp. Praetor uti: *Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto. De lacu, puteo, piscina item interdicam.* — L. 1. §. 6. eodem. Deinde ait Praetor: *Quo minus fontem, quo de agitur, purges, reficias, ut aquam coercere, utique ea possis, dumne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi, non clam, non precario ab illo usus esse, vim fieri veto.*

(g) L. 1. pr. de cloacis (43. 23.). Ulp. Praetor ait: *Quominus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de re agitur, purgare, reficere liceat, vim fieri veto. Damni infes-*

soggetto alla *cautio damni infecti* pe' danni possibilmente derivanti dalla rifazione del canale.

Dalle altre servitù non vi sono in diritto romano nè speciali nè generali mezzi per tutelare il possesso.

ANNOTAZIONE

L'ultimo principio del testo è oltremodo controverso. Quattro opinioni si dividono il campo. Alcuni, e forse la maggior parte, ammettono indistintamente per tutte le servitù i mezzi possessorii applicando l'*interdictum uti possidetis*, sul fondamento della L. 20. de servit. (8. 1.) (h). Quest'opinione è modificata dal *Puchta* nel senso di escluderne le servitù rustiche per le quali sono determinati speciali interdetti (i). Dopo il *Savigny* è divenuta quasi comune la seguente opinione: che nelle servitù urbane è applicabile l'*interdictum uti possidetis*, non nelle servitù *praediorum rusticorum*, le quali hanno l'azione possessoria, solo quando le leggi determinano uno speciale interdetto (k). Altri limitano ancora l'applicazione degli interdetti eccettuando tutte le servitù negative, ed ammettono l'*interdictum uti possidetis* per le sole servitù urbane le quali consistono nel continuo possesso di una parte dell'altrui proprietà (*servitus tigni immittendi, oneris ferendi etc.*) (l). Finalmente altri negano l'applicazione dell'*interdictum uti possidetis* a qualunque servitù reale sia urbana, sia affermativa o negativa (m).

In tanta varietà di opinioni bisogna meditare sul carattere giuridico dell'*interdictum uti possidetis* da noi altra volta esaminato (§. 174); e da questo esame risulta meglio fondata l'ultima opinione.

È principale scopo dell'*interdictum uti possidetis* determinare le parti pel giudizio petitorio, onde l'applicazione alle servitù non è giustificabile mancando lo scopo della futura questione petitoria. Oltre a ciò, nelle servitù, specialmente urbane, la domanda suscitata da questo interdetto: *quis possessoris partes sustinet?* è perfettamente inutile, essendo patente il fatto del possesso in ogni caso concreto; così p. e. colui che pretende avere un *altius non tollendi*, o un *ius tigni immittendi*, è dimostrato possessore unicamente quando l'edificio altrui non è elevato più alto, o quando i proprii materiali s'immettono nell'altrui; per tutelare la quale *possessio* sono dati dal diritto altri mezzi come la *operis novi nunciatio*, e l'*interdictum quod vi aut clam*. L'applicazione dell'*interdictum uti possidetis* alle servitù urbane può essere giustificato solamente, quando se gli assegna come scopo la rimozione delle molestie, ossia quando si consideri come azione *ex maleficio*: ciò confutato, è rigo-

eti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo. — Idem. L. 1. §. 7. eod. Quia autem cloacarum resectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur, ideoque placuit, non esse in interdicto addendum: Quod non vi, non clam, non precario ab illo usus, ut, etiam si quis tale usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere vel purgare.

(h) *Thibaut*, Arch. di prat. civ. I. 111. — *Mühlenbruch*, §. 293.

(i) *Puchta*, Pandette §. 139.

(k) *Savigny*, del possesso §. 46. — *Mackeldey*, §. 294. — *Schilling*, Istituz. II. 203.

(l) *Rudorff*, giornale per la scienza storica del diritto p. 349. — *Arndts*, Pand. §. 192. annot. 4.

(m) *Rauschenplat*, de oner. prob. in neg. act. p. 29. — *Wiederhold*, interd. uti poss. p. 48. — *Burchardi*, arch. d. pr. civ. XX. 24.

rosa conseguenza l'inapplicabilità dell'interdetto alla *quasi possessio* delle servitù urbane (n).

Nessuna legge d'altra parte applica l'interdetto *uti possidetis* alle servitù. L'opinione contraria argomenta per analogia dalle servitù personali, ed in secondo luogo dalla legge 20. *de servit.* (8. 1.), che dice: *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*. Sul primo argomento è da osservare, che l'*interdictum uti possidetis* alle servitù personali non è stato applicato per conseguenza di legge, ma per determinazione speciale dell'editto pretorio (o). Le parole poi della legge 20 hanno un significato troppo ampio, perchè si possano riferire all'interdetto *uti possidetis*; esse significano anzi che le servitù hanno mezzi di tutela rassomiglianti agl'interdetti possessorii, e più propriamente accennano agl'interdetti speciali introdotti per le servitù di via, di acqua, e di cloaca, e all'interdetto *unde vi* per le servitù personali.

Più importante è l'argomento tratto dalla legge 8. §. 5. *si serv. vind.* (8. 5.), il quale pure vien meno leggendo questo passo in unione del seguente §. 6.: le parole *sed et interdictum uti possidetis locum habere poterit, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti* non si riferiscono ad una servitù, ma vogliono dire semplicemente che per difendere la propria azione sul proprio fondo vale tanto un *actio confessoria* quanto l'*interdictum uti possidetis*, e quest'ultimo nel caso che qualcuno volesse impedire un qualunque diritto di uso nascente dalla proprietà: *si quis prohibetur, qualiter velit, suo uti*, poichè secondo Ulpiano: *videris mihi possessionis controversiam facere qui prohibes me uti mea possessione* (p). Finalmente un altro argomento traggono dalle parole del Pretore: *de cloacis hoc interdictum non dabo*; le quali escludendo l'interdetto dalla *servitus cloacae* ricordano perciò solo che sia ammesso per le altre servitù. Ma in ciò si erra, imperocchè non è a chi ha il diritto di servitù che viene negato l'*interdictum uti possidetis*, ma al proprietario dell'edificio, in quanto che non gli è dato usarlo contro colui, che gli molesta il possesso per racconciare e pulire la cloaca; nel qual caso non ha neppure luogo l'*operis novi nunciatio*, *quia cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur* (q).

L'inapplicabilità dell'interdetto *uti possidetis* è chiara abbastanza dalla legge 3. §. 5. *uti possidetis*: « Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi « dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est « apud Cassium relatum, *utrique esse inutile*, quia aliter solum possidet, aliter cum « aedibus superficiem »; cioè: perchè in questo caso sul fatto, *quis possessor proiectionis sit*, non vi può essere controversia; epperò inconveniente risulta l'*uti possidetis*, che appunto suppone simili indagini. Lasciata da parte l'alterazione fattavi dal Cuiacio seguita da qualche moderno e generalmente rifiutata, che invece di *inutile legge utile*, in opposizione di questo passo si è messo un altro dello stesso autore, il §. 6. della medesima legge 3. « Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo, interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui proiecto tecum; an, quo facilius possim retinere possessionem eius protectionis, interdicis tecum; sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectum est » ?

Da ciò si vorrebbe dedurre che Labeone contraddicendo a Cassio, abbia am-

(n) Pfeifer, pass. pag. 133. — Wangerow, §. 333.

(o) Ved. Vat. fragm. §. 90. 91. L. 27. de donat. (39. 5.).

(p) L. 3. §. 2. uti poss. (43. 17.).

(q) L. 1. §. 12. de cloac. L. 1. §. 13. de oper. nunc. (39. 1.).

messo l'*interdictum uti possidetis*, opinando questi essere nell'interdetto una controversia di possesso quegli un'azione *ex maleficio*; e si rifiuta quindi l'opinione del primo (r). Non si comprende perchè alla domanda di Labeone debbasi rispondere affermativamente, mentre dalle parole stesse di Ulpiano: *Labeo quoque scribit* non si fa supporre contraria opinione in questo giurista.

V. Della estinzione del diritto di servitù.

§. 191.

A. Della estinzione delle servitù in generale.

I. Le servitù, massimamente le personali, si estinguono con la morte di chi ha il diritto. L'usufrutto passa agli eredi unicamente quando fu espressamente dichiarato nell'atto di costituzione, e sempre ai soli primi, se non fu esteso per patto successivamente ad altri (a).

Quando un usufrutto è legato al figlio di famiglia e per conseguenza acquistato dal padre, gli antichi giuristi questionavano se cessasse con la morte del padre, o con quella del figlio. Giustiniano decise che morendo il padre prima del figlio l'usufrutto passasse a quest'ultimo, morendo prima questi restasse al padre, ossia che si estinguesse con l'ultimo moriente (b).

(r) *Puchta*, Pand. §. 139. not. g. — *Arndst*, Pand. §. 192. not. h.

(a) §. 3. Inst. de usufr. (2. 4.). *Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capituli deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus: quae omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit), vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si aedes incendio consumtae fuerint, vel etiam terrae motu aut vitio suo corruerint, extinguì ususfructum, et ne areae quidem ususfructum deberi. — L. 38. §. 10. de V. O. (43. 1.). — L. 12. pr. C. de usufr. (3. 33.). Justinian. Ambiguitatem antiqui iuris decidentes sancimus, sive quis uxori suae sive alii cuiunque ususfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius eius vel quisquam alius pervenerit, stare ususfructum in annos, in quos testator statuit, sive persona, de cuius aetate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula, nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus; tunc etenim ad posteritatem ususfructum transmitti non est possibile, quum morte ususfructum penitus extingui, iuris indubitati sit. — L. 5. pr. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.).*

(b) L. 17. C. de usufr. (3. 33.). *Justin.* Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si ususfructus, per servum acquisitus vel per filiumfamilias, capituli deminutione filii magna vel media vel morte vel emancipatione, vel servi quacunque alienatione vel morte vel manumissione potest adhuc remanere. Et ideo sancimus, in huiusmodi casibus, neque si servus vel filiusfamilias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri vel domino ususfructum, qui per eos acquisitus est, sed manere intactum; neque si pater magnam capituli deminutionem vel mediam passus fuerit, vel morte ab hac luce fuerit exemptus, ususfructum perire, sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur. Ususfructum enim per eum acquisitum apud eum remanere etiam post patris calamitatem oportet, quum plerumque verisimile est, testatorem contemplatione magis filii, quam patris ususfructum ei reliquisse.

L'usufrutto costituito in favore di una persona morale si estingue dopo cento anni, in analogia del più lungo termine della vita fisica, purchè l'*universitas personarum* non si disciogliesse prima (c).

Le servitù personali si estinguono pure con la *capitis deminutio maxima* e *media*, eccetto la servitù di abitazione che non si estingue per queste cause (d).

Le servitù reali, essendo il soggetto del diritto rappresentato dal fondo dominante (*praedium dominans*), perendo questo, si estinguono; ma rivivono, se quel fondo è riprestinato, purchè non sia passato il tempo della prescrizione (e).

II. Tutte le servitù si estinguono col perimento dell'oggetto sul quale si esercitano, con la sola differenza, che nelle servitù prediali il diritto rivive ripristinato l'oggetto, e nelle servitù personali si estingue totalmente, eccetto che non sia perita la totalità della cosa, ma una parte, le accessioni e non la cosa principale, ovvero che l'esercizio sia mancato per ostacoli indipendenti dalla volontà delle parti (f).

III. Le servitù si possono estinguere per remissione da parte di colui che ha il diritto. Una tale remissione affinché avesse per conseguenza l'estinzione della servitù urbana, bisogna che venga accettata dal proprietario del fondo servente espressamente o tacitamente; la ragione è che questi, avendo perduto una parte effettiva di proprietà, deve riacquistarla coll'accettazione della rinuncia della parte contraria; non così per le servitù rustiche e personali. La remissione fatta da uno dei condomini del fondo dominante, non potendo la servitù estinguersi in parte, non avrà valore prima che non consentano gli altri condomini (§. 178). È necessario in fine che la remissione venga interpretata strettamente, cosicchè se

(c) L. 50. de usufr. (7. 1.). *Gaius*. Au usufructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est; periculum enim esse videbatur, ut perpetuus fieret, quia neque morte, nec facile capitis deminutione periturus est; qua ratione proprietatis inutilis esset futura semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandum esse actionem. Unde sequebat dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit, centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est. — L. 21. Quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.).

(d) L. 16. C. de usuf. (3. 33.): — ved. not. (b).

(e) L. 14. quem. de serv. (8. 6.). *Iavolen.* Si locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quodsi id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est. — L. 71. de usufr. (7. 1.). — L. 5. §. 3. L. 6. 7. quib. mod. usufr. (7. 4.).

(f) L. 14. quem. serv. amitt. (8. 8.). — ved. not. prec. — L. 8. l. 10. §. 1. 7. L. 23. quib. mod. usufr. (7. 4.). *Ulp.* Non tantum si aedes ad aream redactae sint, usufructus extinguatur, verum etiam si demolitis aedibus testator alias novas restituerit; plane si per partes reficiat, licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum. — L. 36. pr. L. 71. de usufr. (7. 1.).

altri ha più diritti di servitù, la sua rinunzia deve essere limitata a' soli diritti che abbia indicati (g).

IV. Le servitù si estinguono per confusione, quando diritto e proprietà si congiungono nella medesima persona; la confusione è chiamata *consolidatio* nell'usufrutto, ed avviene o quando l'usufruttuario cede il suo diritto al proprietario, ovvero quando acquista la proprietà della cosa (h). Quando la proprietà del fondo dominante o servente è divisa tra molti, affinchè la servitù potesse dirsi estinta per confusione, devono tutti concorrere all'acquisto dell'altro fondo.

Così estinta la servitù, non rivive mai più, eccetto se la confusione avvenne in un modo revocabile *ex tunc* (i).

V. La servitù costituita sotto una condizione o ad un tempo determinato, termina con l'avverarsi della condizione o col finire del tempo; se personale, si estingue *ipso iure* (k), se prediale *ope exceptionis* (l).

§. 192.

B. Estinzione delle servitù per non uso.

Tutte le servitù si estinguono, quando per lo spazio di dieci anni in caso di presenza o di venti in caso di assenza chi ha il diritto non le esercita; si estinguono senza fare differenza, come nell'antico diritto facevasi, se vengono esercitate su cose mobili od immobili. Le servitù le quali si possono esercitare solamente di due in due mesi, o a più larghi periodi si estinguono col non uso di venti anni senza riguardo alla presenza o all'assenza (a).

(g) L. 21. serv. praed. urb. (8. 2.). *Pompon.* Si domus tua aedificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur, et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi concessero, ius esse invito me altius tollere aedificia tua, quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, ut, si altius sublati aedificiis tuis stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat; si non impediuntur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere.

(h) L. 1. quib. mod. serv. amitt. (8. 6.). *Gai.* Servitutes praediorum confunduntur, si iidem utriusque praedii dominus esse coeperit.—§. 3. Inst. de usufr. (2. 4.). — confr. L. 18. de servit. (8. 1.). — L. 9. com.praed. (8. 4.). *Pompon.* Si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres extiti, et cum hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris extitisse.

(i) L. 8. §. 1. de servit. (8. 1.). — L. 30. pr. §. 1. de serv. praed. urb. (8. 2.). *Paulus.* Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, quum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberae veniunt.—L. 27. de serv. praed. rust. (8. 3.).—ved. not. prec.

(k) L. 15. quib. mod. usufr. am. (7. 4.). — L. 5. C. de usufr. (3. 33.).

(l) L. 4. de servit. (8. 1.).

(a) L. 13. de servit. (3. 34.): *Iustinian.* Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium

Per interrompere questa specie di prescrizione è mestieri che l'avente diritto eserciti la sua servitù o egli stesso, ovvero in quelle servitù che comportano l'alienazione dell'esercizio, per mezzo di terze persone (b).

L'esercizio parziale è sufficiente per conservare la servitù in tutta la sua integrità; eccetto per l'usufrutto, che si conserva solamente su quelle parti, dove seguita l'esercizio (c).

La servitù esercitata da uno dei condomini si conserva anche per gli altri che non ne usino.

Il diritto di abitazione ed il diritto di andare al sepolcro non vanno soggetti a prescrizione (d).

Nelle servitù urbane non basta il solo non uso ad estinguere il diritto, ma con le forme della prescrizione acquisitiva è necessario che il proprietario del fondo servente riacquisti tuttociò che avea perduto della sua proprietà per la costituzione della servitù; il riacquisto ha nei testi il nome di *usucapio libertatis*, e si raffigura come la costituzione di una servitù contraria (§. 180.).

Per l'*usucapio libertatis* è mestieri che il proprietario del fondo servente non solo possegga questo (e), ma nello stesso tempo si metta in

in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tandummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes vel viginti annorum spatio contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis.—L. 14. C. de servit. (3. 34.). — L. 7. quemad. serv. amitt. (8. 6.).

(b) L. 12. §. 2. L. 38-40 de usufr. (7. 1.). *Marcian.* Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine eius alius, puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium eius gerit. Plane illud interest, quod, si vendidero usumfructum, etiamsi emtor non utatur, videor usumfructum retinere. *Gaius.* Quia, qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur. *Marcianus.* Quod si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur.

(c) L. 2. §. 1. quem. serv. amitt. (8. 6.). *Paul.* Is, qui per partem itineris it, totum ius usurpare videtur.—L. 14. 20. 23. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.). *Pomp.* Placet, vel certae partis, vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti.

(d) L. 10. pr. de usu et habit. (7. 8.). *Ulpian.* Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo Quaestionum. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius; ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione.—L. 4. quem. serv. amitt. (8. 6.). *Paul.* Iter sepulcro debitum non utendo nunquam amittitur.

(e) L. 32. §. 1. de serv. praed. urb. (8. 2.). — L. 6. de serv. praed. urb. (8. 2.). *Gai.* Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiantur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas ha-

possesso della facoltà a lui tolta per mezzo della costituzione della servitù; quandochè per la prescrizione del non uso senza bisogno di azioni positive o di quasi possesso da parte del proprietario del fondo servente è sufficiente l'abbandono da parte del proprietario del fondo dominante. Una grande differenza finalmente esiste nel modo di computare il termine; imperocchè pel non uso, trattandosi di prescrizione estintiva di un diritto, bisogna che passi tutto l'ultimo giorno del termine stabilito dalle leggi; nell'*usucapio libertatis* per contrario, trattandosi di acquisto, è sufficiente che giunga la prima ora dell'ultimo giorno (§. 70).

CAPITOLO IV.

ENFITEUSI E SUPERFICIE.

I. Della enfiteusi.

§. 193.

A. Concetto della enfiteusi; diritti ed obblighi dell'enfiteuta.

L'enfiteusi è un diritto reale alienabile e trasmissibile per eredità sulla cosa immobile altrui, pel quale si ha un pieno godimento della cosa con la soggezione di pagare al proprietario un canone annuale. Chi ha questo diritto dicesi enfiteuta o *emphiteuticarius*, il proprietario è detto *dominus emphyteuseos*, e la cosa *fundus emphiteuticus*, *emphiteuticarius*, oppure *vectigalis*.

1) L'enfiteuta ha il diritto di godere la cosa con tutte le sue accessioni ampiamente come il vero proprietario, ed acquista la proprietà dei frutti naturali per mezzo della separazione (a). Egli può disporre della

buero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. §. 1. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum; ita deinum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius meum permanet.

(a) L. 1. h. t. (6. 3.): *Paul.* Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, vel est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus. §. 1. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipales. L. 2. ita tamen si vectigal solvet. — L. 1. C. h. t. (4. 66.). — §. 3. Inst. de loc. et cond. (3. 24.). — L. 1. §. 1. h. t. — L. 25. §. 1. de usur. (22. 1.). *Paul.*

cosa nella forma e nella sostanza, a patto solo di non deteriorarla (b): può alienare il diritto stesso tanto per atti privati tra vivi, quanto *mortis causa* p. e. per legato; e finalmente il diritto si trasmette agli eredi (c).

2) Per tutelare il suo diritto è data all' enfiteuta un' azione utile petitoria, la *vectigalis actio*, rivendica del fondo da ogni terzo possessore; per analogia è data pure un' *actio Publiciana*, una *utilis rei confessoria* e *negatoria* (§. 189), tutte le azioni che competono al proprietario (d), ed in fine per virtù del possesso derivato gl' interdetti possessorii (§. 150).

3) Il diritto di enfiteusi può appartenere a molti eredi sulla cosa stessa, ma questa non può essere divisa; quindi molti eredi saranno tenuti *in solidum* alla prestazione del canone (e), meno che per la divisione. non vi fosse il consenso del proprietario. Finalmente l' enfiteuta non ha diritto sulle accessioni, e sul tesoro trovato nel fondo, sul quale egli esercita il suo diritto (f).

4) D' altra parte l' enfiteuta ha l' obbligo di mantenere il fondo in una conveniente coltura, in buono stato, e di sopportare tutti i pesi che vi gravitano.

5) È obbligo precipuo dell' enfiteuta di pagare il canone annuale (*pensio*, *vectigal*) al proprietario nel tempo stabilito, senza che potesse essere mai diminuito nè per manco di rendite, nè per qualunque evento, che facesse anche perire una parte del fondo enfiteutico (g).

Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sat, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? Quum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut elus, qui vectigalem fundum habet, fructus sunt, simul atque solo separati sunt.

(b) Nov. 7. c. 3. §. 2. — Nov. 120. c. 6.

(c) §. 3. Inst. cit. — L. 1. C. de fund. patr. (11. 61.). — L. 71. §. 5. 6. de legat. (30.). Ulp. Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus. — L. 10. fam. ercisc. (10. 2.). — L. 1. pr. h. t. — Ved. not. (a). — Nov. 120. c. 6.

(d) L. 1. §. 1. L. 2. h. t. — L. 15. §. 26. de damno inf. (39. 2.). — L. 66. pr. de evict. (21. 2.). — L. 12. §. 2. de Publ. in rem act. (6. 2.). Paul. In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. — L. 16. de servit. (8. 1.). — L. 23. §. 1. de aqu. et aquae pluv. (39. 3.). — L. 5. §. 3. de arb. furt. caes. (47. 7.). — confr. L. 3. §. 3. de op. nov. nunc. (39. 1.). — L. 13. §. 8. de damn. infect. (39. 2.). — L. 11. §. 14. quod vi (43. 24.). — L. 4. §. 9. fin. reg. (10. 1.).

(e) L. 7. comm. divid. (10. 3.). Ulp. Comuni dividendo iudicium locum habet et in vectigali agro. Vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum; magis autem debet iudex abstinere huiusmodi divisione, alioquin praestatio vectigalis confundetur. — confr. L. 9. 10. fam. arc. (10. 2.).

(f) Ved. §. 39. Inst. de div. rer. (2. 1.).

(g) L. 2. C. h. t. — ved. §. 195. not. (f). — Nov. 7. c. 3. §. 2. — Nov. 120. c. 8.

6) Se l'enfiteuta vuole alienare il suo diritto ha obbligo di annunziare la vendita al proprietario e le condizioni pattuite, ed attendere due mesi durante i quali quegli può essere preferito nella compra alle medesime condizioni (*diritto di prelazione*). Oltracciò l'alienazione non può seguire senza il consenso del proprietario, il quale veramente non può impedirla se non quando provi che la coltura sarebbe deteriorata in mano del nuovo enfiteuta, o che questi non sia atto a pagare il canone; l'enfiteuta che aliena è inoltre obbligato a dare al proprietario la cinquantesima parte del prezzo convenuto (*laudemio*) (h).

7) L'enfiteuta non è tenuto a prestare cauzione, eccetto se si tratti di un fondo appartenente allo Stato o al patrimonio dell'imperatore (i).

8) Finalmente per mezzo di disposizioni contrattuali i diritti e gli obblighi dell'enfiteuta si possono estendere o restringere (k).

§. 194.

B. Costituzione della enfiteusi.

Si disputava se il contratto che concedeva il diritto reale sui fondi *rectigales* o fondi di municipii, o sui fondi patrimoniali, fondi *emphyteuticarii* fosse una *emptio venditio*, poichè concedeva all'enfiteuta diritti molti simili alla proprietà ed era esso stesso trasmissibile sì per atto tra vivi che *mortis causa*, o una *locatio conductio*.

Tale contratto di fondazione tra i *dominus* e l'enfiteuta di un carattere incerto fu determinato da Zenone come contratto *sui generis* ed

(h) L. 3. C. h. t. (4. 66.).

(i) L. 7. C. h. t. (11. 61.). *Grat. et Valentin.* Quicunque ad emphyteusin fundorum patrimonialium vel reipublicae lasso nostri auminis venerit, is, si redundantia fortunarum idoneus fuerit ad restituenda, quae desertis forte possessionibus requirentur, patrimonium suum publicis impleat uexibus. Si vero minor facultatibus probabitur, datis fidelissoribus idoneis ad emphyteusin accedat; scientibus his, quos talium rerum cura sollicitat, in se negligentiae damna, si huiusmodi cautio defuerit, esse vertenda.

(k) §. 3. Inst. l. c.—L. 1.3. C. h. t. *Zeno.* Ius emphyteuticarum neque conductionis neque alienationis esse titulis adiciendum, sed hoc ius tertium sit constitutum, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam, et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contractuum partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptura interveniente habitis praeverint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri; ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit elades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusiu data est, facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domus, qui, quod fatalitate iugruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur. Si vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum.

appellato *emphyteuticarius*, senza cambiar la sua natura come contratto consensuale; esso dà origine ad un vincolo di obbligazione e perciò ad un *actio emphyteuticaria in personam*; quindi come nella proprietà e nelle servitù, il solo contratto, non essendo sufficiente a generare il diritto reale della enfiteusi, richiedesi la tradizione per dar luogo all'*actio in rem vectigalis* (a).

L'enfiteusi fatte dalle Chiese debbono compilarli per iscritto; nelle altre la scrittura è solamente richiesta per la validità de' patti particolari aggiunti (b).

2) L'enfiteusi si può anche costituire per legato e per prescrizione almeno di 30 a 40 anni.

ANNOTAZIONI

È molto controverso se l'enfiteusi possa essere acquistata per prescrizione: bisogna distinguere i seguenti casi.

1) Quando qualcuno abbia usucapita una cosa, il cui primo possessore era un'enfiteuta, bisogna stabilire che egli acquista una proprietà enfiteutica pel noto principio, *tantum praescriptum quantum possessum*.

2) La prescrizione ordinaria per acquistare il diritto di enfiteusi è comunemente ammessa, solo si fa questione, se sia da regolare coi principi della usucapione per l'acquisto della proprietà o con quelli per l'acquisto della servitù (c). Essa però è inapplicabile, prima perchè le leggi non ne fanno parola, secondariamente perchè non vi è la *quasi possessio*, come delle servitù, del diritto di enfiteusi, ma solo la *possessio* della cosa data in enfiteusi (d).

Del resto bisogna sempre distinguere l'origine della enfiteusi dalla sua trasmissione, nel primo caso puossi applicare solamente l'usucapione straordinaria: ma per l'acquisto di una enfiteusi già esistente può essere applicabile tanto l'una quanto l'altra usucapione (e).

(a) L. 1. C. h. t. — L. 1. §. 1. h. t. — §. 13. Inst. (3. 21.). — §. 3. Inst. de loc. et cond. (3. 24). Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utram emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius, cujus conductor heresque eius id praedium venderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuticos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus; sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominium super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire; quo iure utimur.

(b) Nov. 120. c. 6. §. 2. — L. 1. C. h. t.

(c) *Gesterding*, proprietà pag. 417. — *Thibaut*, Sist. 1018. — *Mackeldey*, comp. §. 298.

(d) *Unterholzner*, prescrizione. II. 239. — *Mühlenbruch*, comp. §. 207. — *Zimmern*, investigazioni sul diritto romano pag. 126. — *Puchta*, Pand. §. 177.

(e) *Puchta*, l. e. — *Arndts*, Pand. §. 198. — *Vangerow*, Pand. §. 300.

Diritto romano.

§. 195.

C. Estinzione della enfiteusi.

L'enfiteusi si estingue come ogni diritto reale, ed in particolare come ogni *ius in re aliena*, per confusione o per consolidazione, val dire, quando l'enfiteuta acquista la piena proprietà del fondo, ovvero quando il diritto di enfiteusi si riunisce alla proprietà, il quale secondo caso avviene:

- 1) se è spirato il termine fino al qual fu costituito il diritto (a);
- 2) se l'enfiteuta muore senza eredi;
- 3) se si rinvoca *ex tunc* la proprietà di chi costituì l'enfiteusi;
- 4) se il fondo perisce completamente (b).

L'estinzione di questo diritto può inoltre avvenire per pena, consolidandosi il diritto *ipso iure*, sebbene l'enfiteuta non possa essere espulso dal fondo senza intervento dell'autorità giudiziaria, ciò avviene specialmente nei seguenti casi:

1) se non fu pagato il canone per tre anni di seguito, o per due anni verso le Chiese (c); il proprietario non perde il diritto di devolvere a sé la enfiteusi nemmeno quando abbia posteriormente ricevuto il canone, eccetto se lo abbia accettato o abbia richiesto anche quello dell'anno successivo, essendovi in tali casi la tacita intenzione da parte sua di continuare l'enfiteusi (d);

2) se per tre anni di seguito l'enfiteuta non esibì al proprietario le quietanze delle imposte (e).

(a) L. 3. C. h. t. (4. 66.). — L. 3. si ager. vect. (6. 3.). Paul. Idem est, etsi ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductus finitum est.

(b) L. 1. C. (4. 66.). — Ved. not. (l).

(c) L. 2. C. h. t.

(d) Ved. Glück, VIII. pag. 530.

(e) L. 2. C. eod. — Justinian. In emphyteuticariis contractibus sancimus, si quidem aliae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae, easdem et in omnibus aliis capitulis observari, et de relectione eius, qui emphyteusiu suscepit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit. Siu autem uiliū super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere; nulla ei in posteram allegatione nominis meliorationis vel eorum, quae emponemata dicuntur, vel poena opponenda, sed omnimodo eo, si domini vulnerit, repellendo, neque praetendente, quod non est super hac causa inquietatus, quum neminem oportet conventionem vel admonitionem expectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est. Ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur emphyteutas suos repellere, et redditum minime velle suscipere, ut ex huiusmodi machinatione, triennio elapso, suo

3) Se alienò il fondo senza darne avviso al proprietario, o se occultò di proposito il prezzo della vendita (f);

4) Se per colpa dell'enfiteuta venne deteriorata la sostanza del fondo (g).

Avvenuta l'estinzione del diritto per una delle suddette mancanze, l'enfiteuta potrà essere condannato non solo al pagamento del canone arretrato, ma anche ai danni ed alla restituzione dei frutti perdendo ogni diritto ai miglioramenti fatti nel fondo (h).

L'enfiteusi come ogni altro diritto si estingue per la rinuncia di colui che ne ha il diritto.

Finalmente si estingue per prescrizione nei seguenti casi:

1) Quando l'enfiteuta stesso o il suo successore universale usucapisce la proprietà, come quando l'enfiteuta conchiude con un supposto *dominus emphyteuseos* un atto idoneo a trasmettere la proprietà, ovvero quando l'enfiteuta nulla conoscendo della qualità del fondo, lo aliena.

2) Quando un terzo contro il proprietario e lo stesso enfiteuta acquista la proprietà del fondo per usucapione.

3) Generalmente per mezzo della prescrizione dell'azione enfiteuticaria (i).

§. 196.

II. Della superficie.

T. D. de superficiebus (43. 18.).

In senso generico dicesi superficie, tutto quello che trovasi sul suolo altrui, o che vi si attiene, ed in questo senso ogni edificio è *superficies* in contrapposto di *solum*. In un senso più speciale intendosi per *superficies* un diritto di edificare sul suolo altrui, o di avere una stanza (*coenaculum*) sull'edificio altrui mediante contratto conchiuso col proprietario. È quindi la *superficies* anche essa un *ius in re aliena*. Il diritto di superficie è essenzialmente alienabile tanto per atti tra' vivi quanto per causa

iure is, qui emphyteusim suscepit, cadat, licentiam ei concedimus, attestatione praemissa, pecunias offerre, bisque obsignatis et secundum legem depositis, minime deiectionis timere periculum.

(f) L. 3. C. eod.

(g) L. 3. C. eod. N. 120. c. 8.

(h) Nov. 7. c. 3. §. 2.

(i) L. 7. §. 6. de praeser. 30 vel 40. ann. (7. 39.). — Ved. §. not. L. 15. §. 27. de damu. inf. (39. 2.). *Ulp.* Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri.

di morte. In questa relazione colui che ha il diritto appellasi *superficiarius*, *dominus soli* il proprietario (a).

Dove non vi è espressa differenza sono applicabili alla superficie i medesimi principii dell'enfiteusi.

Le principali differenze tra due istituti giuridici sono le seguenti:

1) L'obbietto della enfiteusi è per lo più un fondo rustico e quello della superficie essenzialmente un fondo urbano.

2) L'enfiteusi è generata da un contratto *sui generis*, contratto enfiteuticario, la superficie da uno qualunque, come da un contratto di vendita, di locazione, di permuta (b).

3) Il superficiario è come l'enfiteuta libero di disporre della cosa, come imporre servitù: ma contrariamente all'enfiteuta non è in mancanza di speciali determinazioni contrattuali soggetto a nessuna limitazione in rapporto alle alienazioni (c).

4) Finalmente al superficiario insieme alle altre azioni per tutela del suo diritto è dato un apposito interdetto appellato *de superficiebus* (§. 150.) (d).

In tutto il resto valgono i principii dell'enfiteusi: così quanto all'obbligo di sopportare tutti i pesi inerenti alla cosa (e); ma quanto al canone annuale non v'è obbligo essenziale senza espressa stipulazione (f). Egualmente, come l'enfiteuta, può il superficiario produrre utilmente le azioni di *rei vindictio*, *publiciana in rem actio*, *confessoria* e *negatoria*, ed in generale tutte le azioni che nascono dal diritto di proprietà, non che gl'interdetti recuperatorii (g).

(a) L. 86. §. 4. de legat. (30.). — L. 19. pr. de damn. infect. (39. 2.). — L. 3. §. 7. uti possid. (43. 17.). — L. 2. h. t. *Gai.* Superficiarías oedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietes, et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.

(b) L. 1. §. 1. 3. h. t. Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex emto agere cum domino soli potest. Etenim si ipse eum prohibeat, quod interest, egendo consequetur, sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones snas debet dominus, et cedere. Sed longe utile visum est, quis et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius, quam in personam experiri, hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri.

(c) L. 1. §. 6. 7. 9. b. t. p. 788. *Ulp.* Sed et tradi posse intelligendum est, ut et donari et legari possit. — L. 16. §. 2. de pign. oct. (13. 7.). — L. 13. §. 3. de pign. (20. 1.). — L. 10. fam. ere. (10. 2.). — L. 15. qui pot. in pign. (20. 4.).

(d) L. 1. §. 1. 2. h. t. — Ved. not. (b).

(e) L. 75. §. 1. L. 74. de rei vind. (6. 1.). — L. 7. §. 2. de usufr. (7. 1.). — L. 39. §. 5. de legat. (30.). *Ulp.* Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium vel pro aquae forma. — L. 9. §. 4. de damn. inf. (39. 2.).

(f) L. 15. qui pot. (20. 4.). — Confr. L. 2. §. 17. ne quid in loco publ. (43. 8.). — L. 74. de rei vind. (6. 1.).

(g) L. 1. §. 3. 4. h. t. *Ulp.* Is autem, in cuius solo superficies est, nique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. Plene si adversus superficiarium velit vindic-

5) Il superficiario può anch' egli essere espulso dal fondo sul quale esercita il diritto se per due anni manca di pagare la mercede convenuta; ed innanzi a qualunque altro creditore il proprietario avrà preferenza per la soddisfazione del suo credito sul valore della superficie (h).

CAPITOLO V.

DIRITTO DI PEGNO.

D. Lib. XX. C. VIII. 14-36. — *Balduin*, comm. de pignoribus et hypothecis, ved. *Heinn.* iurisprudentia Rom. et Att. tom. I. pag. 233. ss. — *Donellus*, de pignoribus et hypothec. (ved. opp. tom. VI.) — *Alteserrae*, comment. ad lib. XX. D. in Recit. quotid. tom. I. pag. 333. — *Erzleben*, principia de iure pign. et hypothec. Gott. 1779. — *Gesterding*, teoria del diritto di pegno, Greifswald 1816, 1831. — *Bachofen*, il diritto di pegno romano, Basilea 1847. — *Dernburg*, il diritto di pegno esposto secondo i principii dell'odierno diritto romano, Lipsia 1864. — Ved. anc. Corpus selectorum tractatum de pignorib. et hypothecis. Franc. 1586.

I. Carattere giuridico del diritto di pegno (a).

§. 197.

1) Concetto e divisione del pegno.

Il pegno è un diritto reale sulla cosa altrui che ha il creditore per sicurezza dei suoi diritti, ai quali resta obbligata la cosa.

Questo diritto reale diversifica molto dagli altri *iura in re aliena*. Ogni altro diritto reale si caratterizza come un totale e parziale dominio sulla cosa altrui: non così il pegno, dal quale non si genera nessun diritto materiale che possa rientrare nella cerchia di quelli inerenti alla proprietà. Lo stesso diritto di alienare l'oggetto che ha il creditore, dopochè il debitore non ha soddisfatto l'obbligazione, non è tale da poter essere con-

care, dicendum est, exceptione utendum in factum data; nam cui damus actionem, eidem et exceptione competere multo magis quis dixerit. §. 5. Si soli possessori superficies evincatur, acquirissimum erit, subveniri ei vel ex stipulatu de evictione, vel certe ex emto actione. — L. 73-75. de rei vind. (6.1.). — L. 12. §. 3. de Publ. act. (6.2.). — L. 3. §. 3. de oper. nov. nunc. (39.1.). — L. 13. §. 8. L. 39. §. 1. de damn. inf. (39. 2.). — L. 11. §. 14. quod vi (43. 24.). — L. 1. §. 3. de vi (43. 16.).

(h) L. 54. §. 1. L. 56. locat. (19. 2.). *Paul.* Quum domini horreorum insularumque desiderant, diu non apparentibus, nec eius temporis pensiones exsolventibus conductoribus, aperire, et ea, quae ibi sunt, describere, a publicis personis, quorum interest, audiendi sunt; tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari. — L. 15. qui pot. in pig. (2. 4.).

(a) Ved. Appendice X alla fine del capitolo.

siderato come staccato dalla proprietà; stantechè durante il pegno la facoltà di alienare come conseguenza del diritto di proprietà non vien negato allo stesso debitore, e quella facoltà è piuttosto fatta valere dal creditore come un procuratore del debitore. Da ciò si spiegano molte conseguenze che altrimenti sarebbero singolarità; perciò il creditore non è obbligato verso il compratore alla garanzia per evizione o per vizi occulti, così il tutore che aliena l'oggetto impegnato al credito del minore non ha bisogno del decreto del magistrato ecc. (a). Il diritto di pegno si rappresenta adunque come un'*obligatio rei*, cioè la cosa non è, come in ogni diritto reale, sottoposta ad una più o meno estesa dominazione del creditore pignoratorio, ma dev' essere considerata come nella medesima relazione di un debitore rispetto al suo creditore. I testi esprimono quest'idea con le frasi: *obligatio, rem obligare, pignoris iure obligare, rem in obligationem deducere, in obligationem dare*.

Questo diritto del creditore è pegno nel senso stretto, quando a lui è trasferito il possesso dell' oggetto: ipoteca veramente quando il possesso resta allo stesso debitore; ma tanto il pegno quanto la ipoteca, fuori il fatto del possesso, hanno il medesimo valore (b).

Il pegno è generale se comprende tutto il patrimonio del debitore: è speciale se determinate cose (c).

Il pegno è volontario, quando è costituito per atto privato, ossia per contratto o testamento; è necessario, quando si costituisce indipendentemente dalla volontà degl'interessati, ossia o direttamente per legge, o per mezzo di sentenza giudiziaria.

Finalmente il pegno suppone necessariamente una obbligazione, ossia ha carattere puramente accessorio. L'obbligazione a cui accede deve essere valida, sia come obbligazione civile, sia anche come naturale (d) (1). Si può fondare un pegno per un' obbligazione futura, nello stesso modo

(a) L. 5. §. 3. de reb. cor. (27. 9.).

(b) L. 238. §. 2. de V. S. (50. 16.). — L. 9. §. 2. L. 33. §. 1. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, quum non transit nec possessio ad creditorem.* — §. 7. Inst. de act. (4. 6.).

(c) L. 29. §. 3. L. 34. §. 2. de pign. (20. 1.) *Scaev.* *Creditor pignori accepit a debitore quidquid in bonis haberet, habiturus esset; quaesitum est, an corpora pecuniae, quum idem debitor ab alio mutuum accepit, quum in bonis eius facta sint, obligata creditori pignori esse coeperint? Respondit coepisse.*

(d) L. 5. de pign. (20. 1.). *Mare.* *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat; sed et futurae obligationis nomine dari possunt; sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali; sed et in conditionalibus obligationibus non alias obligantur, nisi conditio extiterit* — L. 10. 1. §. 1. de solution. (46. 3.).

che un fideiussore si può obbligare prima dell'obbligazione principale : ma sempre la validità del pegno è subordinata all'esistenza della obbligazione (e).

Il pegno è indivisibile essendo la cosa impegnata per tutta intera la obbligazione, e si estingue unicamente col cessare dell'intera obbligazione (2).

ANNOTAZIONI

(1) È controverso se un pegno costituito per una obbligazione naturale generasse anche un'azione, ovvero il solo diritto di ritenzione.

L'opinione quasi generale tra gli antichi, cioè che nasce l'azione, è stata ultimamente combattuta specialmente con l'autorità del Weber (f). Le ragioni di questa seconda opinione sono considerabili: eol carattere del diritto di pegno come accessorio non è compatibile che esso sia più forte della obbligazione principale : oltracciò è principio di diritto romano che il terzo possessore del pegno non può essere altrimenti tenuto a restituirlo, che a condizione se il creditore gli cedesse l'azione contro il debitore (g).

Questa controversia dev'essere risolta seguendo una distinzione: se si tratta di obbligazione civilmente valida per sè, ma soggetta ad una eccezione *in odium creditoris introducta*, la questione dovrebbe essere posta in questi termini: l'eccezione che si oppone all'azione personale, puossi egualmente opporre contro l'azione ipotecaria? Nel caso che il pegno fosse costituito da un terzo, secondo le regole della fideiussione, se *animò donandi*, l'eccezione non potrà essere prodotta, se in altro modo, è opponibile senza difficoltà (h). Nel caso che il pegno fosse costituito dal medesimo debitore, se per errore ovvero nel tempo in cui non poteva validamente rinunciare alla eccezione, l'azione ipotecaria sarebbe vinta dall'eccezione;

(e) L. 5. pr. ved. not. prece. L. 13. §. 5. h. t. (20. 1.). *Marc.* Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, aut conditionem non recte agi, quam nihil interim debeat; sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur aut conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est; ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt: si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit.

(f) Weber, obblig. nat. §. 107.

(g) L. 19. qui pot. in pig. (20. 4.). *Scaev.* Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum, et testamentum maritum et liberos ex eo uatos, item ex alio, heredes instituit; creditor, quando possit heredes convenire idoneos, ad fundum veuit; quaero, an, si ei iustus possessor offerat, compellendus sit, ius nominis cedere? Respondi, posse videri non iniustum postulare. — conf. L. 101. §. 1. de solut. (46. 3.). — L. 4. C. de usur. (4. 32.). — L. 2. quae res pignori. (20. 3.). — L. 9. §. 3. ad SC. Maced. (14. 6.).

(h) L. 2. quae res pignori (20. 3.). *Gai.* Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra Senatusconsultum creditum est, an his succurritur, quaeritur. Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicitur, succurri ei, acuti fideiussori huius mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fideiussore eius. — conf. L. 9. §. 3. ad SC. Maced. cii.

se scientemente e nella possibilità di valida rinuncia, la eccezione non potrà aver luogo (i). Al contrario, se si tratta di una obbligazione civilmente inefficace, ma valida per diritto delle genti, il diritto di pegno produce anche l'azione ipotecaria. E di vero:

1) Il carattere accessorio del diritto di pegno importa solamente che senza obbligazione principale non potrebbe essere costituito. Ma una volta regolarmente fondato ha il suo pieno corso (k), anzi va più oltre, in quanto che può restar fermo quand'anche la principale obbligazione siasi estinta per prescrizione (I. vol. pag. 237) (l).

2) Indipendentemente della perfetta analogia con altri diritti accessori, come specialmente col *constitutum* e con la fideiussione, in cui ha luogo l'azione, quantunque accessori di una obbligazione naturale, sono importanti molte leggi sul diritto di pegno tra le quali molte citate in nota, che determinano un diritto di pegno anche per una obbligazione naturale, senza escludere punto l'azione; tanto più quando si considerino le parole della leg. 27. pr. de *noxal. act.*: *nullum pignus est, cuius persecutio negatur*. Aggiungasi che la leg. 59. ad *SC. Trebell.* (36. 1.) determina categoricamente che, sebbene un pegno avesse per fondamento una obbligazione naturale, può dar luogo ad una *persecutio pignoris* (m). Gli argomenti apparentemente di qualche importanza, e specialmente quello della legge 13. *quib. mod. pign. solv.* (20. 6.) che annunzia l'estinzione del diritto di pegno, *si debitor a iudice, quamvis per iniuriam, absolutus sit* etc. e quello della legge 60. *de cond. indebiti* (22. 6.), sono stati da noi esaminati in un altro luogo (n).

In rapporto alla cessione dell'azione si è mancato di osservare essere piuttosto un beneficio che un diritto del terzo possessore del pegno (o).

(2) In alcuni casi l'indivisibilità del pegno può generare difficoltà. Se un creditore pignoratorio muore lasciando molti eredi, è ritenuto che in virtù della indivisibilità la cosa resta obbligata verso ciascuno di essi per la parte da lui rappresentata (p), ognuno sulla obbligazione che ne forma la base. Quando gli eredi vengono al giudizio di divisione la cosa impegnata dev'essere aggiudicata ad uno dei coeredi, e l'aggiudicatario dovrà dare sicurezza per le parti degli altri.

(i) L. 9. pr. ad *SC. Maced.* (14. 6.). *Ulp.* Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.

(k) L. 13. §. 4. de pignorib. (20. 1.). *Marc.* Etiam si creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet; et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit, et damnatus sit, acque hypotheca manet obligata. Multo magis ergo si in personam actum sit sive cum reo, sive cum fideiussore, sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata; nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem.

(l) L. 7. C. de praescr. 30. ann. (7. 39.).

(m) Conf. L. 3. pr. de cond. indeb. (12. 6.).

(n) Ved. vol. I. pag. 414. 415.

(o) *Vangerow*, Pand. I. §. 364.—*Gesterding*, diritto di pegno 2.^a ediz. p. 7.—*Mühlenbruch*, cessione 3.^a ediz. pag. 412.

(p) L. 1. C. si unus ex plurib. hered. (8. 32.). *Valer. et Gall.* Manifesti et indubitati iuris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri.

Se il valore della cosa sia maggiore dell'obbligazione non sarà difficile eseguire le operazioni suddette (q): ma se il valore è dubbio, l'*arbiter* nel giudizio divisorio deve procedere ad una licitazione tra i coeredi, ed aggiudicare l'oggetto al maggiore offerente, proporzionandosi naturalmente alla somma dell'aggiudicazione la parte dovuta agli altri coeredi. Ben si comprende che tale licitazione non dà all'aggiudicatario il diritto di proprietà, ma solamente quello di poter usare del pegno escludendo gli altri coeredi.

Avvenuta l'aggiudicazione si domanda, con qual mezzo l'aggiudicatario può costringere il debitore a rimborsargli le parti pagate agli altri coeredi. Su tale questione decide la legge 29. *fam. enc.* (10. 2.), la cui esposizione è come segue: Paolo propone la questione, se l'aggiudicatario può pretendere da' coeredi che diano una cauzione di garanzia nel caso che il debitore si negasse di rimborsargli le loro quote. Il giurista romano risponde negativamente, giustificando la sua sentenza dall' inutilità della cauzione, avendo l'aggiudicatario in sue mani altri mezzi per obbligare il debitore al rimborso di quelle somme.

Quali sieno i mezzi cui Paolo accenna è il dubbio; unanimamente si riconosce che nella prima parte del testo il giurista nomina un'eccezione, nell'ultima parte un'azione; ma non si è concordi se Paolo parli di un'*actio pignoratitia contraria* (r), ovvero di un'*actio, negot. gestorum* (s), ovvero dell'originaria azione dell'obbligazione trasmessa all'aggiudicatario per mezzo dell'aggiudicazione (t).

In verità Paolo per mostrare che l'aggiudicatario è sufficientemente garantito da non aver bisogno di cauzione, suppone due casi, in entrambi i quali il debitore, pronto a soddisfare l'obbligazione, nega di pagare quello che l'aggiudicatario ha sborsato per le quote degli altri coeredi.

1) In caso che il debitore dopo ciò chieda al creditore la restituzione dell'obbietto, allora la sua pretensione è respinta con l'*exceptio doli*; volendo riavere l'oggetto, dovrebbe non solo soddisfare il credito dell'aggiudicatario, ma rimborsarlo dei pagamenti fatti a' coeredi. Come Ulpiano nella legge 7. §. 12. *comm. div.*, Paolo porta questo caso in analogia dell'altro: quando un terzo possessore di una cosa data in pegno per mezzo del pagamento della *litis exstimatio* abbia respinta l'*actio hypothecaria* del creditore, come al terzo per cagione del pagamento competerebbe l'eccezione di ritenzione contro qualunque proprietario rivendicasse l'oggetto, così all'aggiudicatario.

2) In caso che il debitore dopo aver soddisfatta la parte dell'aggiudicatario, per evitare il pagamento delle quote soddisfatte agli altri coeredi, chieda la restituzione di una parte delle cose impegnate per mezzo dell'*actio pignoratitia directa*, questo può l'aggiudicatario non permettere, ma pretendere che il debitore chiedesse tutto il pegno, e rimborsasse lui pienamente. Certamente si può obiettare che il creditore il quale per mezzo della compra s'impossessa di una parte del pegno, deve permettere che il debitore paghi solamente l'originaria obbligazione, ossia la parte propria di lui e non quella comprata, l'aggiudicazione essendo simile alla compra. Questa

(q) L. 7. §. 11. *comm. div.* (10. 3.).

(r) *Cuiac. opp.* VII. p. 346. *seqq.* — *Wolf*, de pignore a creditore heredibus in *fam. herc. iudicium deducto*, Kil. 1843. p. 23.

(s) *Ved. Gloss. ad hanc leg.*

(t) *Sirtoris*, diritto di pegno §. 447.

obbiezione non monta, essendo la compra un fatto pienamente volontario, l'aggiudicazione imposta da' casi. Anzi l'aggiudicatario può insistere affinché si riscattasse tutto il pegno; avendo egli soddisfatto gli altri coeredi, agì nell'interesse del debitore, come se fosse stato suo procuratore; onde è ancora regola che il creditore può pretendere con un'azione diretta il rimborso del pagamento fatto. Solamente l'aggiudicatario non potrà insistere su ciò, quando con offerta molto interessate ed importune ha persuasa l'aggiudicazione, poichè allora questa somiglierebbe molto ad una vendita volontaria.

§. 198.

2) Dell' obbietto del pegno.

T. D. Quae res pignori vel hypoth. datae obligari non possunt (20. 3.)—C. quae res pignori obligari possunt (8. 17.).

Può essere obbietto di pegno tutto ciò che è obbietto di proprietà ed è in commercio, purchè l'alienazione non ne sia legalmente impedita: in generale quindi tutto quello che può essere soggetto ad alienazione. Specificatamente sono oggetti di pegno:

I. Le cose materiali che sono in commercio (a), la proprietà con tutte le sue modificazioni, vale a dire anche la *nuda proprietas* (b), o una parte intellettuale della medesima (c).

II. Le servitù in due modi possono dare in pegno, sia impegnandosi servitù già costituite, sia come servitù a costituirsi.

1) Il pegno delle servitù reali è impossibile, non potendo l'esercizio di esse essere disgiunto dal fondo dominante. Quanto alle servitù personali l'uso neppure può essere impegnato, perchè, come delle servitù reali, l'esercizio ne è inalienabile. Ben è capace di pegno l'usufrutto, come esercizio e non come diritto; e poichè il diritto resta sempre da parte del debitore, con la morte di lui si estingue e il pegno del creditore, e, secondo le circostanze, anche il diritto del compratore derivante dalla *distractio pignoris* (d). La regola dell'usufrutto è applicabile anche al-

(a) L. 3. 6. C. h. t. — L. 1. §. 2. h. t.

(b) L. 18. §. 1. de pignor. act. (13. 7.). *Paul.* Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus, qui postea accreverit, pignori erit; eadem causa est alluvionis.

(c) L. 7. §. 4. quib. mod. pign. sol. (20. 6.). *Gai.* Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.—L. 3. §. 2. qui pot. (20. 4.).

(d) L. 11. §. 2. 3. de pign. (20. 1.): *Marcian.* Usufructus an possit pignori hypothecae dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo responsorum, tuendum creditorem, et si vellet cum

l'abitazione con le modificazioni corrispondenti al carattere giuridico di questa servitù.

2) Quanto al costituirsi per pegno una servitù dal proprietario del fondo servente, fa d' uopo distinguere le diverse servitù.

a) È testualmente riconosciuto che le servitù rustiche possono essere costituite per pegno (e). Colui ch' esercita il diritto non è il creditore pignoratorio, perchè la servitù non può essere divisa dal fondo dominante, ma essa è costituita dal creditore per mezzo della distrazione: cosicchè il compratore è il primo che eserciti il diritto di servitù. In sulle prime la futura servitù vien distinta dalla proprietà, ed il creditore pignoratorio n' è messo nel quasi possesso; solo nell' ipoteca può farsi immettere più tardi nel quasi possesso per mezzo dell' *actio hypothecaria*; il suo diritto consiste in ciò, che la parte intellettuale della proprietà del debitore impegnatagli, può essere da lui alienata, cioè costituita in servitù nel caso che il debitore non soddisfaccia l' obbligazione contratta.

b) Le servitù urbane non si possono costituire per nessun modo in pegno (f).

III. S' impegnano ancora le obbligazioni (*pignus nominis*); in questo caso il creditore pignoratorio avrà non solo il diritto di alienazione, ma ancora il *ius exigendi*, con un' *actio utilis*, la quale non può essere che *actio in personam*. Se l' obbietto dell' obbligazione è danaro, il creditore si pagherà col danaro ricevuto, se altre cose, le riterrà in pegno, e così il *pignus nominis* si cambierà in *pignus corporis* (g).

creditore proprietarius agere, non esse ei ius uti frui invito se, tali exceptione eum Praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit; nam et quum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori oblietetur exceptio. §. 3. Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur non convenire possunt, ut hypothecae sint. — L. 8. quib. mod. pign. (20. 6.). Marc. Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecae perit.

(e) L. 12. eod.: Paul. Sed an vise, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut, si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat; quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

(f) Ved. L. 11. §. 3. — ved. not. (d).

(g) L. 13. §. 2. de pignor. (20. 1.). Marcian. Quum pignori rem pignoratam accipi posset placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori numerum solutorum nomine utilis actio danda sit an non; quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad Edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris locum futurum apud secundum creditorem. — L. 13. §. 10. de re iud. (42. 1.). — L. 18. pr. de pign. not. (13. 7.).

Per garentire il *pignus nominis* conviene denunziarlo al *debitor debitoris*, e questi sarà obbligato di pagare al creditore del suo creditore; al contrario, s'egli nulla conosce del *pignus nominis*, può pagare al suo diretto creditore, e il pegno si estingue immediatamente.

1) Il pegno stesso può essere obbietto di pegno, non nel senso che il diritto stesso sia impegnato, ma che la cosa impegnata possa nuovamente darsi in pegno.

IV. Finalmente il pegno si può estendere a tutta intera la proprietà del debitore, pegno generale, in opposizione dell'altro su cose singole o sopra una università di cose, che fa un tutto da sè fra le altre cose soggette al patrimonio, come sopra una greggia, una biblioteca ecc., che dicesi pegno speciale.

Le differenze notabili tra queste due specie di pegno sono:

1) Nel pegno speciale soggiace al diritto del creditore unicamente la cosa impegnata con tutte le sue accessioni ed i frutti ancora esistenti (h). Impegnato un complesso di cose sarà sottoposto al pegno il tutto, ma non già le parti singolari: se una di queste venisse separata, come un libro dalla biblioteca, una pecora dalla greggia, non sarà considerata come oggetto del pegno (i).

2) Al contrario nel pegno generale soggiace tutto intero il patrimonio del debitore, e specificatamente *omnia quae habet, habiturusque est*; il che avviene sempre che si dia in pegno quanto si ha, quantunque non si pensi alle cose future (k).

(h) L. 1. §. 2. L. 16. pr. §. 4. L. 29. de pign. (20. 1.). *Marc.* Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur — nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extant, et res non sufficit. — L. 3. C. in quib. caus. pign. (8. 13.).

(i) L. 13. pr. L. 34. de pign. (20. 1.). *Scaev.* Quum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur, et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, quum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

(k) L. 9. C. h. t. — confr. L. 13. §. 1. L. 29. §. 3. L. 34. §. 2. de pign. (20. 1.). — L. 11. C. de remiss. pign. (8. 26.). *Iust.* Solita providentia utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum, quae quibusdam creditoribus suppositae postea a debitoribus venduntur vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui praebente, et quodam legitimo postea modo ad priorem dominum revertuntur. In hoc enim casu diversae sententiae legum prudentibus habitae sunt, quibusdam dicentibus, ius pignoris creditori renovari propter verbum *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni solitum est, aliis, penitus exstingui. Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecae et hoc modo suum ius respuit, indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare vel tenentem inquietare — L. 47. pr. de iure fisci (49. 14.).

Alcune cose nondimeno sono escluse dal pegno generale, e specialmente:

- 1) quelle, la cui alienazione è vietata;
- 2) quelle che il debitore non voleva probabilmente dare in pegno; e quelle che sono indispensabili per gli usi della vita come vestimenta, ecc. (l);
- 3) il patrimonio dell'erede nel caso che il pegno fosse costituito dal testatore (m).

ANNOTAZIONI

È comune opinione che obbietto del *subpignus* è lo stesso diritto di pegno (n). Contrariamente si vorrebbe sostenere che sia solamente l'obbligazione che nasce dal contratto pignoratizio o dal patto ipotecario il suo obbietto: ma questa seconda opinione nasce da un'erronea valutazione del contratto di pegno. Anche la prima veramente sembra mal ferma, quando si attenda alle parole della legge, che riguardano sempre il ridare a pegno una cosa già impegnata per altre obbligazioni, con le frasi: *rem pignoratam, eandem rem; id quod pignori obligatum est*, ecc. (o).

È chiaro del resto che il creditore potrà nei confini del suo diritto dare a pegno la cosa a lui impegnata: e che in questo caso i diritti del secondo creditore dovranno sottostare agli eventi di entrambe le obbligazioni: così egli non potrà vendere il pegno quando il credito del primo creditore non sia esigibile, e si estingue il *subpignus*, estinguendosi l'obbligazione primitiva.

È anche controverso, se col *subpignus* sia insieme impegnata l'obbligazione. La comune opinione lo afferma (p), altri sostengono il contrario (q).

Due ragioni ci menano ad accettare la comune opinione; il carattere accessorio del diritto di pegno; le disposizioni della legge 13. §. 2. de pignor. (20. 1.), il significato della quale non può essere che il seguente: poichè può un diritto di pegno essere esso stesso obbietto di pegno, esso non è garante al secondo creditore, che fino a quando una delle due obbligazioni non venga estinta; a tutela dei suoi diritti il secondo creditore ha non solo una eccezione, ma ancora una *utilis actio* (ossia l'*actio in personam* contro il primo debitore): appena il proprietario ha pagato, si estingue dunque immediatamente tutto il diritto di pegno. Ma si può dubitare: se

(l) L. 6. 7. 8. de pign. (20. 1.). *Ulp.* Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturus sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligatum non fuisse, ut puta supellex; item vestis relinquenda est debitori, et ex mancipiis, quae in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse; proinde de ministeriis eius perquam ei necessariis, vel quae ad affectionem eius pertineant. — L. 1. C. lì. t.

(m) L. 29. de pign. pr. (20. 1.). *Paul.* Paulus respondit, generalem quidem conventionem, sufficere ad obligationem pignorum, sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa acquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris.

(n) *Thibaut*, Sist. §. 794. — *Mackeldey*, §. 300. not. g. — *Mühlenbruch*, cessione pag. 336. — *Gesterding*, diritto di pegno pag. 79. — *Puchta*, corso delle Istit. II. §. 230. not. h. u.

(o) Ved. not. (f). — L. 14. §. 3. de div. temp. praescr. (44. 3.). — L. 1. 2. C. si pign. dot. (8. 24.).

(p) *Mühlenbruch*, §. c. pag. 337. — *Sintenis*, questioni pag. 39.

(q) *Büchel*, quest. di diritto civile, Marburg, 1847. — *Huschke*, de pign. nom. Gött. 1820.

al (primo) creditore sia data un'azione utile (*pignoratitia directa in personam*) contro il secondo creditore per il denaro esatto; poichè che succederebbe, se dal secondo creditore fu esatta una *res non fungibilis*? In tutti i casi bisogna accostarsi alla decisione di Pomponio; cioè quando colui, la obbligazione del quale fu fatta oggetto del pegno, ha l'obbligo di dar danaro, e paga al secondo creditore, allora si compensa, e per conseguenza il primo creditore non avrà l'*actio pignoratitia in personam directa*; se poi il primo debitore deve una cosa non fungibile, non avrà, esigendo questo, che il semplice diritto di pegno (ed in questo modo sarà certamente fondata per il primo creditore un'*actio pignoratitia directa*). Così interpretata la legge si ricavano i seguenti due principii che nel *subpignus* si comprende sempre un *pignus nominis* e che nell'ultimo il creditore del creditore quando si tratta di un *corpus* avrà un vero diritto di pegno e non un semplice diritto di ritenzione (r).

II. Acquisto del diritto di pegno.

§. 199.

1) Dell'acquisto in generale; dell'acquisto per private disposizioni in particolare.

Come ogni altro diritto reale il pegno si può acquistare in tre modi: per volontà, cioè per consenso delle parti (pegno convenzionale), o per testamento, ovvero indipendentemente dalla volontà degl'individui per decreto giudiziale, o direttamente per legge (pegno necessario).

I. Il pegno convenzionale suppone come ogni altro l'esistenza della obbligazione, ed essendo una specie di alienazione, suppone ancora necessariamente il diritto di proprietà da parte del debitore e il *ius disponendi*; per conseguenza esso non può essere costituito che dal vero proprietario ovvero da un terzo, che abbia da lui avuto autorizzazione legale espressamente o tacitamente (a). Per eccezione anche il proprietario putativo potrà costituire un diritto di pegno, ed allora l'*actio pignoratitia* o *hypothecaria* è prodotta contro coloro che potrebbero essere convenuti in un giudizio di azione Publiciana (b). Come si è veduto nei §§. precedenti l'usufruttuario, l'enfiteuta, il superficiario possono costituire un pegno, ma solamente per la durata del loro diritto.

Il pegno costituito dal non proprietario non ha efficacia senza il consenso del proprietario, eccetto quando questi tacque col proposito di nuo-

(r) Ved. Vangerow, Pand. §. 268. — Sintonis op. c. pag. 89. 60. ved. not. (g).

(a) L. 11. §. ult. L. 12. 18. §. ult. L. 19. 20. de pign. act. (13. 7.). Paul. Aliena res pignori dari voluntate domini potest: sed si ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit.—L. ult. C. quae res pig. (8. 17.). — L. 5. §. 2. in quib. caus. pign. (20. 2.). — L. 4. §. 3. de in diem. add. (18. 2.).

(b) L. 18. L. 21. §. 1. de pign. (20. 1.).

cere al creditore (c). Un diritto di pegno costituito dal non proprietario può in seguito convalidarsi:

1) quando il proprietario lo ratifichi, e la convalidazione piglierà tempo, secondo le regole generali, dal momento del contratto;

2) quando, costituito un pegno a condizione che il costituente addivenisse proprietario della cosa, avvenga questa condizione; ma il pegno avrà data solo dal momento dell'acquisto (d). Questo pegno condizionale può costituirsi anche tacitamente, specialmente quando si tratta di una *res debita*;

3) quando il non proprietario acquisti poscia la proprietà della cosa impegnata. Sebbene sia più esatto il principio, che non ostante l'acquisto, il pegno rimanga nullo, imperocchè nella formola ipotecaria è supposta la esistenza della proprietà al momento della costituzione del pegno (e), per equità nondimeno è dalle leggi introdotta questa convalidazione in favore del creditore di buona fede (f).

II. Un secondo requisito per la esistenza del pegno è l'atto della sua costituzione, distinguendosi il pegno propriamente detto dalla ipoteca; pel pegno evvi bisogno di un contratto compiuto con la tradizione dell'oggetto; per l'ipoteca è sufficiente il patto senza necessità di tradizione. Nondimeno nella specialità che una cosa debba, secondo la intenzione delle parti, diventare in un tempo più o meno lungo un pegno nello stretto significato, finchè non avviene la tradizione, il diritto reale è acquistato come ipoteca (g).

(e) L. 16. §. 1. de pign. (20. 1.). — L. 2. C. si alien res. (8. 16.). *Sever. et Anton.* Si probaveris, praedia vel hortos, de quibus agebatur, tuos esse, intelligis, obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti.

(d) L. 16. §. 7. de pign. (20. 1.). — L. 7. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.). *Ulp.* Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, potat Marcellus, concurrere ntrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo numos debitor dederit, quippe quum res ex nominis pignoratia emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

(e) L. 22. de pign. (20. 1.): *Modest.* Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori. — L. 3. pr. L. 13. §. 1. de pign. (20. 1.). — L. 23. de prob. (22. 3.).

(f) L. 5. C. qui alien. res. 8. 16. L. 41. de pignor. act. (13. 7.): *Paul.* Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverit aine mea voluntate, heres extitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, neque utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem; eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio argnatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.

(g) L. 2. §. 9. quae res pign. (8. 17.). — L. 1. pr. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam conventionem etiam non traditum est. — L. 13. §. 3. de pign. (20. 1.). — L. 16. §. 2. de pactis (2. 14.).

In rapporto alla validità del pegno si ha la seguente regola: il diritto reale incomincia ad esistere dal momento che la sua validità non dipende dall'arbitrio del debitore, così se il pegno è stato costituito per una obbligazione il cui adempimento dipende da un certo giorno, il pegno varrà dal momento della perfezione del contratto (h).

ANNOTAZIONE

Il caso che il proprietario della cosa divenga crede di chi la impegnò, è riguardato diversamente da due leggi; e propriamente Paolo nella leg. 41. de *pign. act.* nega l'azione di pegno al creditore; quandochè Modestino nella leg. 22. de *pign. con* non minore chiarezza la concede. Nè l'interpretazione, nè la critica congetturale è riuscita a conciliare questi due passi. Per interpretazione alcuni antichi seguiti da qualche moderno credono che nella leg. 22 si faccia parola di un' *actio pignoratitia contraria*, e nella leg. 41. di un' *actio hypothecaria* (i): altri che nella leg. 22. si parli del caso che il pegno sia avvenuto senza volontà del proprietario, nella legge 41 al contrario del caso che il pegno fu costituito contro la volontà del proprietario (k): d'altra parte il *Sintenis* pone per regola la leg. 41, ed argomenta dalle parole *ex postfacto* che la legge 22 supponga il proprietario avervi espressamente o tacitamente acconsentito; in questo caso è concessa l'azione utile (l). Per mezzo della critica congetturale altri fanno nella leg. 41 profonde alterazioni (m). La maggior parte de' giuristi nondimeno riconosce contraddittorie le due leggi, che secondo le regole della interpretazione dovrebbero vicendevolmente distruggersi, decidendo il caso per altra via, senza badare all'opinione del *Cuiacio* e di qualche altro, che la leg. 41 sia da preferirsi come la più recente (n). Se dunque il caso deve decidersi per interpretazione analogica, anzichè per legge, è da ritenersi piuttosto la decisione della leg. 22 di Modestino; non solo perchè il caso è analogo a quello, che chi dette a pegno divenga proprietario, ma perchè possono pure applicarvi i principii della eccezione *rei venditae et traditae* (o).

(h) L. 12. §. 2. qui pot. in pign. (20. 4.). L. 9. pr. §. 1. (20. 4.). *Afr.* Qui *balneum ex Kalendis proximis* conduxerat, pactus erat, ut homo *Eros* pignori locatori esset, donec mercedes solverentur; idem ante *Kalendas Iulias* eundem *Erotem* alii ob pecuniam creditam pignori dedit; consultus, an adversus hunc creditorem petentem *Erotem*, locatorem *Practor* tueri deberet, respondit, debere; licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa *Eros* esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiore*m eius causam habendam.*

(i) *Balduin.* de pignoribus c. 12. — *Donell.* de pign. c. 7. — *Connan.* comm. iur. civ. libr. IV. c. 13. — *Westphal.* diritto di pegno §. 113. not. 137.

(k) *Faber.* semestralia libr. II. c. 18. — *Voet.* comm. ad Pand. XX. tit. 3.

(l) *Sintenis.* quest. sul diritto di pegno pag. 99.

(m) *Mayer.* Arch. di prat. civ. IX. pag. 246. — *Huschke.* Giorn. di Giess. XX. 6. — *Glück.* comm. IX. p. 39. ss.

(n) *Cuiac.* obss. XIX. 26. — *Müller.* Arch. di prat. civ. pag. 401.

(o) L. 1. de except. rei vend. et trad. (21. 3.). — *Ved. Haimberger.* diritto rom. puro §. 242. — *Vangerow.* Pand. §. 372.

§. 200.

2) Del pegno testamentario e giudiziale.

T. C. de praetorio pignore etc. (8. 22.); — Si in causa iud. (8. 23.).

I. Anche per testamento si può costituire tacitamente o espressamente un pegno per sicurezza dei legatarii e de' creditori (a). Quanto all' effetto di questo pegno è da distinguere se il testatore impegnava un oggetto proprio, ovvero dell'erede, ovvero di un terzo. Nel primo caso il pegno avrà effetto dalla morte del testatore, nel secondo dal momento che l'erede entra nella eredità, nel terzo caso quando il pegno potrà convalidarsi.

II. Il pegno pretorio può dinotare in senso stretto quello che ha luogo per decreto del pretore prima della *litis contestatio*, ed opera l'immissione del creditore nei beni del debitore. Questo pegno ha solo il carattere di *crediti servandi causa*, non abilita che la custodia dei beni: può cadere su cose speciali o sulla intera proprietà del debitore, tanto in favore di uno creditore, quanto di molti senza preferenza. Se, giunto il tempo stabilito per la soddisfazione del debito, il debitore si rende contumace, un secondo decreto dava principio ad un vero pignoramento con facoltà di alienare (b).

2) Il vero pegno giudiziale viene costituito dal giudice competente per l'esecuzione di una sentenza passata in giudicato (*pignus in causa iudicati captum*): e incomincia dal momento che le cose del debitore sono state pignorate. Questo pegno può essere ancora concesso a molti, ma può darsi preferenza a colui che si trovava già in possesso (c).

3) Può considerarsi come un pegno giudiziale quello che ha origine dalla sentenza che in un giudizio *familiae erciscundae* aggiudica la cosa impegnata verso il defunto ad uno dei coeredi (§. 196).

(a) L. 1. C. comm. de leg. (6. 43.). — L. 26. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, quum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit. §. 1. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

(b) L. 10. §. 1. de acquir. poss. (41. 2.). *Ulp.* Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset? Est autem longe diversum; aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse; denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa; quod si factum est, utrumque procedit. — L. 7. §. 1. quib. ex caus. (42. 4.). — L. 5. §. 3. ut in poss. leg. (36. 4.). — L. 12. pr. de reb. auct. iud. (42. 5.).

(c) L. 11. C. de pign. (8. 14.). — L. 1. C. h. t. (8. 22.). — L. 10. qui pot. in pign. (20. 4.). — L. 58. de re iud. (42. 1.). *Ulp.* Si, quum nulla sententia praecessisset, capta sunt et distracta pignora, possunt revocari. — L. 2. 3. C. qui pot. (8. 18.).

§. 201.

Del pegno legale.

T. D. in quibus census pignoris vel hypotheca tacite contrahitur (20, 2.).— C. h. t. (8. 15.).— *Lauterbach de pignore tacito Inst.*

Il pegno viene per legge indipendentemente dalla volontà delle parti, a favore di determinate persone, e sopra cose tassativamente indicate. Questo pegno sconosciuto dagli antichi Romani fu introdotto da Traiano.

Il pegno legale è generale quando si costituisce su tutta la proprietà del debitore; è speciale quando è circoscritto ad alcune determinate cose.

I. I casi di pegno legale generale sono:

1) a favore del fisco per tutti i suoi crediti (*fiscus semper habet ius pignoris* (a)), eccetto se succede ad un creditore privato (b). Il pegno legale del fisco incomincia dal momento che nasce nel debitore l'obbligo dell'imposta, ovvero in caso di un contratto, dalla perfezione del medesimo. Lo stesso privilegio è dato all'imperatore e all'imperatrice (c). Pei crediti delle città si ha la singolare determinazione, che se il debitore di un Comune alieni i suoi beni e divenga poscia insolubile, i possessori delle cose alienate possono essere convenuti in giudizio (d);

2) a favore degli impuberi ed in generale dei minori sulle sostanze dei loro tutori e curatori dal momento che questi ebbero obbligo di assumere la tutela e curatela (e). Giustiniano estese questo favore ai mentecatti (f). La madre e l'ava devono espressamente impegnare l'intero loro

(a) L. 46. §. 3. de iure fisci (49. 14.). — L. 2. C. b. t. L. 1. C. si propt. publ. peusit. (4. 46.). — L. 2. 3. C. de priv. fisc. (7. 73.).

(b) L. 3. §. 7. de iur. fis. (49. 14.). *Callistr.* Si posteriori creditoribus fisco successerit, eo iure utimur quo is usurus erat, cui successit.

(c) L. 6. §. 1. de iure fisci. (49. 14.). *Ulp.* Quodcumque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet.

(d) L. 2. C. de debit. civit. (11. 32.).

(e) L. 20. C. de adm. tut. vel curat. (5. 37.). *Constant.* Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibi vindicare minime prohibentur. Idem est, et si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit.

(f) L. 7. §. 5. 6. C. de curat. fur. (5. 70.). *Iust.* Et si quidem pater curatorem furiosum vel furiosae in ultimo elogio hereditatis instituit vel exhereditatis dedit, ubi et fideiussuram cessare necesse est, paterno testimonio pro satisfactione sufficiente, ipse, qui datus est, ad curationem perveniat, ita tamen, ut in hac florentissima civitate apud urbicariam praefecturam deducatur, in provincia autem apud praesidem eius, praesente etiam tam viro religiosissimo iocorum antistite, quam tribus primatibus, et actis intervenientibus, factis sacrosanctis scripturis, edicat, omnia se recte et cum utilitate furiosi agere, neque praetermittere ea, quae utilia furioso esse

patrimonio prima di accettare la tutela; il pegno tacito ha luogo, quando passano a novello marito senza aver dato i conti della loro amministrazione; il pegno investe altresì i beni dei loro novelli mariti (g);

3) a favore dei figli del primo matrimonio sulle sostanze del *coniux binubus* per la proprietà dei lucri nuziali. Questo pegno, per determinazione speciale di legge, incomincia non dalla celebrazione del secondo matrimonio, ma da quando i beni stessi sono venuti alle mani del *binubus* (h). Questo pegno giova ai figli anche per garanzia dei beni devoluti loro da parte materna, ma dal giorno delle seconde nozze, e non pei beni che per linea materna dai collaterali sono loro devoluti. Un tale pegno garantisce inoltre quei beni del coniuge superstite o separato, che secondo il diritto nuovissimo sono devoluti ai figli, dal punto della morte o del divorzio (i);

4) a favore della moglie ortodossa sopra i beni del marito per garanzia della dote (k), fin da quando è costituita per legge, ossia dalla celebrazione del matrimonio; dei beni parafernali che consistono in crediti affidati nelle mani del marito, fin da quando questi ne cominciò l'amministrazione (l); della *donatio propter nuptias* fin dalla promessa (m);

5) a favore del marito per sicurezza della dote promessagli sulle sostanze del promettente e dal giorno della promessa (n);

6) a favore dell'erede sui beni del vedovo o della vedova, a cui fu

putaverit, neque admittere, quae inutilia existimaverit. Et inventario cum omni subtilitate publice conscripto, res suscipiat, et eas secundum sui opinionem disponat sub hypotheca rerum ad eum pertinentium, ad similitudinem tutorum et adulti curatorum.

(g) L. 2. 3. C. quando mulier (3. 33.).—Nov. 94. c. 1.—L. 6. C. h. t. (8. 15.). Theod. et Valent. Si mater, legitima liberorum tutela suscepta, ad secundas contra sacramentum praestitum adspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque, quod debetur ex ratione tutelae gestae, persolverit, mariti quoque eius praeteritae tutelae ratiocinia bona iure pignoris tenebuntur ab eo.

(h) L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. C. de secundis nupt. (5. 9.).

(i) Nov. 98. c. 1.

(k) L. un. §. 1. C. de rei ux. act. (5. 13.). — §. 29. Instit. de act. (4. 6.).

(l) L. 11. C. de pact. convent. (3. 14.). Inst. Sin autem minime hoc scriptum invenitur, ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. Antea etenim habeat mulier ipsa facultatem, si voluerit, sive per maritum sive per alias personas eadem movere actiones, et suas pecunias percipere, et ipsas cautiones a marito recipere, securitate ei competente facienda. Dum autem apud maritum remaneant eadem cautiones, et dolum et diligentiam maritus circa eas praestare debet, qualem et circa suas res habere invenitur, ne ex eius malignitate vel desidia aliqua mulieri accedat iactura. Quod si evenierit, ipse eandem de proprio rescire compellitur.

(m) L. 29. C. de iur. dot. (5. 12.).—L. 12. §. 2. C. qui pot. in pign. (8. 18.). Inst. Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempore servire disponimus et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur suisque rebus defraudentur, curamus. — Nov. 109. c. 1.

(n) L. un. §. 1. de rei ux. act. (5. 13.).

disposto un legato a condizione di vedovanza, se quegli o quella contragga nuove nozze: il pegno comincerà dal giorno che si acquista il legato (o);

7) finalmente a favore delle Chiese sui beni dell'enfiteuta per le deteriorazioni possibili dei fondi dal giorno del contratto (p).

II. I casi del pegno legale speciale sono:

1) a favore del locatore di un fondo urbano sulle cose appartenenti al conduttore, e trasportate nell'edificio con intenzione di tenervele in perpetuo o per tempo più o meno lungo (*illata et invecta*). Queste cose restano impegnate per le sole obbligazioni derivanti dal contratto di locazione e conduzione, e che perciò possono essere tutelate da un' *actio locati* (q). Questo pegno comincia dal momento che il conduttore ha trasportato le cose nell' edificio.

È da osservare nondimeno che in questo luogo per fondo urbano non s' intende solamente l' edificio, ma ogni fondo vacuo locato: come p. e. un' *ala* (r);

2) a favore del locatore di un fondo rustico sui frutti percepiti dal conduttore o subconduttore (s);

3) a favore di chi abbia prestato danaro per riedificare o riparare un edificio rovinante, dal momento che l'edificio fu riparato o riedificato (t).

4) a favore del pupillo sulle cose comprate col suo danaro, sia dal tutore, sia da qualunque terzo (u), quantunque nel primo caso abbia anco-

(o) Nov. 22. c. 44. — Ved. *Vermehren*, archiv. di prat. civ. XII. p. 37. in contr. — *Mareszoll*, Magazzino di *Grohman* e *Löhr*. IV. diss. 11. N. 7. — *Giornale di Giessen* VI. N. 8. contro *Maresoll*. — *Kümmeren*, Giorn. di Giessen VI. diss. 7.

(p) Nov. 7. c. 3. §. 2.

(q) L. 32. de pign. (20. 1.). — L. 2. 4. 7. in quib. causis. *Marcian*. Pomponius libro quadragesimo variarum lectionum scribit; non solum pro pensionibus, sed et si deteriozem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata erunt obligata.

(r) L. 4. §. 1. h. t. *Nerat*. Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest; et quidem urbanorum sine dubio non sunt, quum a caeteris aedificiis separata sint. Quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt.

(s) L. 7. h. t. (20. 2.). — L. 24. §. 1. L. 53. locati (19. 2.). *Paul*. Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domui non obligantur; sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

(t) L. 1. h. t. (20. 2.). *Papin*. Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii extruendi mutuum dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante numos administravit.

(u) L. 3. pr. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.). *Ulpian*. Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia fundus sit emptus? Et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum Constitutionem Imperatoris nostri et Divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus. — L. 6. C. de servo pign. dat. (7. 8.).

ra facoltà di rivendicare le cose con la *utilis rei vindicatio* (§ 173, pag. 295);

5) a favore dei legatarii e fidecommissarii sulle sostanze ereditate dall'erede gravato, e di molti gravati contro ciascuno *pro rata* (v) a cominciare dal *dies legati cedens*.

§. 202.

2) Della trasmissione dell'ipoteca.

T. D. qui pot. in pign. vel hypoth. habeant de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. (20. 4.). — C. de his, qui in prior. credit. loc. suce. (8. 19.).

Il diritto di pegno può essere trasmesso altrui per volontà od anche indipendentemente dalla volontà del creditore.

1) Generalmente il pegno essendo un accessorio, segue continuamente l'obbligazione per la quale è costituito; con la cessione di questa passa naturalmente al cessionario (a).

2) Si trasmette il pegno, se qualcuno, mutuando danaro al debitore per soddisfare il suo debito, mette per condizione la garanzia del pegno riscattato (b).

3) V' ha trasmissione d' ipoteca per mezzo del diritto di offerta, *ius offerendi*, il quale consiste nella facoltà data al creditore pignoratorio di offrire al creditore che lo primeggia il montare del credito, e prendere il grado di lui (c). Questo diritto può adoperarsi contro ogni creditore pignoratorio, ma non contro il compratore, salvo che non fosse uno dei creditori pignoratarii, ovvero il suo fideiussore, o un estraneo che succede a

(v) L. 1. C. com. de leg. (6. 43.). — Nov. 108. c. 2.

(a) L. 2. pr. L. 6. de hered. et act. vend. (18. 4.). *Paul.* Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, eius quoque quod postea venditor accepit; nam beneficium venditoris prodest emptori.

(b) L. 3. pr. quae res pign. (20. 3.). — L. 12. §. 8. L. 1. C. h. t. *Sever. et Anton.* Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, quum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur, et in locum eius succedat. Quod quum in tua persona factum non sit (iudicatum est enim, te pignora non accepisse), frustra putas, tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.

(c) *Paul.* recept. Sent. II. 13. §. 8. L. — 22. C. de pign. (8. 14.). — L. 1. §. C. qui pot. in pign. (8. 18.). *Alexand.* Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre, sed si tu illi omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur. — Ved. *Zimmern.* Gior. di Giessen. I. N. 1. — *Müller*, Arch. di prat. civil. XI. 3. — *Beckmann*, de success. credit. in alter. et sui ipsius locum Gott. 1784. — Glück XIX. pag. 353. — *Vangerow*, §. 377. — *Thon*, il *ius offerendi* del creditore più forte secondo il diritto Romano, Heidelberg 1863.

quel creditore al quale si offriva la soddisfazione del credito (d). Condizione necessaria per esercitare il *ius offerendi* è l'offerta dell'intero montare del credito cogl'interessi; nel caso che la offerta venisse rifiutata dal creditore precedente, il pagamento offerto dev'essere depositato ed il secondo creditore entra *ipso iure* nei diritti dell'altro (e).

Questo diritto può essere esercitato anche dal creditore chirografario a patto che vi consenta il creditore pignoratario, e che il debitore per convenzione dichiari di pagare il debito col denaro mutuato gli dal creditore chirografario, e di surrogar questo nei diritti dell'altro creditore. Questi adunque non può mai essere obbligato a ricevere l'offerta, onde nelle sue ragioni il chirografario non può mai succedere *ipso iure*.

Vi sono dei casi ne' quali il diritto di pegno passa allo stesso proprietario, e ciò quando colui che acquista la proprietà di una cosa oppignorata non rinuncia al diritto di pegno; in altre parole in molti casi è accettata la continuazione del diritto di pegno in quanto che il proprietario ha facoltà di produrre i mezzi del creditore pignoratario per garantirsi contro creditori più deboli. I casi di questa successione sono i seguenti:

a) È riconosciuto come creditore pignoratario il compratore di una cosa, quando col suo denaro fu soddisfatto un creditore ipotecario (f).

b) È lo stesso se il migliore creditore pignoratario ebbe l'oggetto del pegno *in solutum*, ovvero ha comprato l'oggetto medesimo dal debitore, ammesso che, quando egli ritira l'oggetto o per mezzo della compra o come soddisfazione del suo credito, ignori la esistenza degli altri creditori pignoratarii (g).

c) Se colui che ignora competergli un diritto di pegno acquista la proprietà della cosa oppignorata (h).

(d) L. 40. C. qui pot. (8. 18.). — L. 2 C. h. t. — L. 12. §. 7. h. t. *Marcian.* Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit, praeter priorem creditorem, et qui ab eo emit. — L. 1. 3. C. si ant. cred. (8. 20.). — L. 2. 3. §. 1. L. 5. §. 1. de distr. pign. (20. 5.). *Marcian.* Si secundus creditor vel fideiussor soluta pecunia pignora suscepit, recte eis offertur, quamvis emtionis titulus ea tenere.

(e) L. 2. 3. §. 1. de distr. pign. (20. 5.). — ved. not. prec. — L. 11. §. 4. L. 20. h. t. — L. 1. C. qui pot. (8. 18.). — L. ult. C. b. t.

(f) L. 17. b. t. *Paul.* Eum, quia debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tenendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia perveniet. — L. 3. C. h. t. — coufr. L. 2. 3. §. 1. L. 5. §. 1. de distr. pign. (20. 5.). — Ved. not. (d).

(g) L. 1. C. si ant. cred. (8. 20.). *Alexand.* Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Quum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis eadem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

(h) L. 30. §. 1. de except. rei ind. (44. 2.).

III. Delle relazioni giuridiche conseguenti al pegno.

A. Diritti del creditore pignoratorio.

§. 203.

1) Del *ius distrahendi*.

T. D. de distr. pign. et hypoth. (20. §.). — C. de distr. pign. (8. 28.),—debitorem vendit. pign. impedire non posse (8. 29.); — si venditio pign. agat. (8. 30.); — Creditorem evict. pign. non debere (8. 46.). — *Berger*, de iure distr. pignoris in Dissert. select. Lipsiae 1707. n. 1.

Il creditore pignoratorio, oltre agli altri diritti specialmente quello di far valere contro tutti il pegno e quello di trasferirlo ad altri (§. 202.), ha ancora il diritto di vendere la cosa impegnata nel caso che il debitore non soddisfaccia l' obbligazione. Questa facoltà di distrarre il pegno che nell' antico diritto era effetto di apposito contratto, nel nuovo è così congiunto col pegno che un patto contrario non vale (a). I requisiti necessari per esercitarlo sono i seguenti:

1) l' esigibilità del credito, deve essere giunto cioè il tempo del pagamento (b). Per la indivisibilità dell'ipoteca l' inadempimento d'una parte anche minima dell' obbligazione dà il diritto di vendere il pegno (c): ma per contrario l' inesigibilità d' una rata anche minima lo sospende fino alla scadenza di essa (d);

2) la denuncia al debitore dal giorno della quale, secondo una co-

(a) L. 4. eod.: *Ulp.* Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit.

(b) L. 4. h. t. *Papinian.* Quum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur.

(c) L. 6. C. h. t. (8. 28.). *Gordim.* Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte maiore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.

(d) L. 8. §. 3. de pignorat. act. (13. 7.). *Pomp.* Si annua, bina, trina die triginta stipulatus acceperim pignus, pactusque sim, ut, nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia iis verbis omnes pensiones demonstrarentur. Nec verum est, sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent; sed omnibus pensionibus praeteritis, etiamsi una portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit: si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competit ei pacti conventio.

stituzione di Giustiniano, devono correre ancora due anni perchè possa seguire la vendita. Il patto di non procedere alla vendita del pegno da parte del debitore, sebbene inefficace, ha pure questa conseguenza nel diritto delle Pandette, che fa necessaria tre volte la denuncia e trascorsi anche i due anni, il creditore deve novellamente notificare al debitore il proposito di alienare il pegno (e).

3) Non è necessario che la vendita sia pubblica eccetto quando il creditore fosse il fisco; imperocchè in questo caso non solo la vendita deve seguire pubblicamente, ma bisogna che le cose siano prima tassate secondo la loro qualità e valore, e poi vendute al maggiore offerente; al quale allora verranno aggiudicate quando l'offerta sua raggiunge il prezzo anteriormente tassato (f).

4) Nella vendita il creditore deve operare di buona fede e cercare di far il vantaggio del debitore (g). Ma, quandochè in mancanza di ogni altro requisito la vendita è nulla irrevocabilmente, non è così se il creditore operasse di mala fede, nascendo in questo caso solo un'azione di rifacimento dei danni, che in caso d'insolvenza del creditore, può il debitore rivolgere anche contro il compratore (h).

5) Il pegno giudiziale segue diverse regole, in quanto che la vendita deve seguire sempre giudizialmente al pubblico incanto, con l'obbligo di far decorrere solo due mesi dal pignoramento (i).

(e) L. 4. C. h. t. (8. 28.).—L. 3. §. 1. C. de iure dom. impetr. (8. 34.).—L. 3. §. 1. C. de iur. dom. impetrando (8. 54.). *Iustin.* Sancimus itaque, si quis rem creditoris suo pignora verit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori ex deuntiationis vel ex sententia iudiciali post biequium, ex quo attestatio missa est, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere.—L. 4. C. debit. vend. pign. (8. 29.).—L. 4. §. de pignor. act. (13. 7.).—Ved. not. (b).

(f) L. 3. C. de iur. dom. impetr. (8. 34.). — L. 16. C. de rescind. vend. (4. 44.). — V. *Maresoll*, *Magaz. di Lohr*, IV. pag. 376.

(g) L. 4. §. C. de distr. pign. (8. 28.). *Diocetian. et Maximian.* Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere; ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quodsi quid deerit, non prohibemini etiam cetera bona iure conventionis consequi. — L. 3. C. si vend. cred. agat. (8. 30.).

(h) Ved. not. pree.

(i) L. 31. de re iud. (42. 1.). *Collistr.* Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigit; si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compelliendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio Proconsuli Divus Pius in haec verba rescriptit: *His, qui fatebuntur debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum datur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur; eorum, qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi; eoque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant.* — L. 2. C. si in cons. ind. (8. 23.).

6) Quando in favore del creditore sono costituiti più oggetti in pegno, egli potrà scegliere quello che più gli aggrada per venderlo; ma se oltre ad un pegno generale è costituito uno speciale, prima questo deve essere alienato (k).

II. Avvenuta la vendita del pegno:

1) Il creditore non ha altro diritto che di soddisfare il suo credito dal prezzo di vendita, e deve restituire il supero al debitore, o al creditore seguente (l).

2) Il compratore acquista sull'oggetto comprato i medesimi diritti del debitore, non consistendo il diritto di vendita del creditore che nella cessione del *ius alienandi* che gli si suppone fatta dal debitore: donde la conseguenza che non è lecito a costui di ricuperare la cosa mediante offerta del prezzo, salvo che ciò fosse stato espressamente convenuto, o l'oggetto fosse trasferito ad un creditore successivo, o ad un fideiussore (m).

3) Quando tutta la obbligazione è soddisfatta col prezzo della vendita, il diritto di pegno si estingue totalmente. Se al contrario il prezzo non è sufficiente, non può dirsi cessata *ipso iure* la virtù del pegno. D'altra parte non essendo men vero che il creditore abbia con la vendita rinunziato ad ulteriore azione di pegno, bisogna concludere, combinando i due principii, che al creditore resti un'azione personale per conseguire il residuo non soddisfatto (n).

4) Il creditore che vende la cosa impegnata, non essendo tenuto che per la cessione del suo diritto (o), non risponde di evizione (p), nè è obbligato alla restituzione del prezzo ricevuto (q). Vi sono tuttavia le seguenti eccezioni ed egli risponderà dell'evizione:

a) se l'evizione ha causa da un *vitium in iure non debitoris*, ma cre-

(k) L. 8. b. t. L. 9. C. b. t. — Ved. not. (g).

(l) L. 21. §. 3. de pign. (20. 1.). — L. 20. C. h. t. (8. 28.). — L. 24. §. 2. de pign. act. (13. 7.). — L. 20. qui pot. in pign. (20. 4.).

(m) L. 13. 18. C. h. t. (8. 28.). — L. 2. C. si antiqu. cred. (8. 20.). *Dioel. et Maxim.* Obligata pignoris in re creditore recte distrahente, post debitor, emptori pretium offerens, vel ereditari quod debuit, evincere non potest. — L. 13. pr. de pign. act. (13. 7.). — L. 2. §. 1. L. 6. 7. pr. §. 1. b. t. — L. 59. de fideiuss. (46. 1.). — L. 59. §. 1. mand. (17. 1.).

(n) L. 13. h. t. — L. 9. §. 1. eod.

(o) L. 13. de distr. pign. *Paul.* Creditor, qui in re suo pignus distrahit, in se non cedere debet, et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

(p) L. 10. eod.

(q) L. 11. §. 16. de act. emt. (19. 1.). *Paul.* Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoris quoque; nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empti actione eritor, hoc enim multis constitutionibus effectum est. Doinm plane venditor praestabit; denique etiam repromittit de dolo, sed etsi non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam, vel non esse eins, qui sibi obligavit, vendiderit, tenebitur ex empti, quia dolam enim praestare debere ostendimus.

ditoris, come quando questi non abbia diritto di pegno, o sia creditore di grado inferiore ovvero abbia usato del *ius distrahendi* anzi tempo o senza le forme legali (r);

b) se nella vendita non si è annunziato come creditore, avendo così tacitamente accettate le conseguenze d' un vero contratto di vendita;

c) se vi è frode¹, come quando non venda il preciso oggetto del pegno (s);

d) finalmente se egli stesso ne dà formale promessa (t). Al contrario quando il creditore si dichiara libero d'ogni obbligo per evizione, è regola che il prezzo possa da lui essere domandato anche dopo evitta la cosa (u).

§. 204.

2) Della domanii impetratio.

T. C. de iure dom. impetrando (8. 34.).

Non essendovi compratori o non offrendosi prezzo conveniente, si può procedere alla *domanii impetratio*, ossia l'oggetto del pegno può essere acquistato dallo stesso creditore.

1) In caso di pegno giudiziale la cosa è aggiudicata al creditore in un modo irrevocabile, di guisa che nè questi è tenuto a rimborsare il maggior valore, nè il debitore di aggiungere quel che manca per soddisfare interamente il credito (a).

(r) L. 1. C. cred. evict. non debere (8. 46.). *Alexand.* Quum iure creditoris propter fisci debitum praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem iure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit. Si tamen fiscus in ius alterius creditoris successit, emtori non iusta fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris iure vendat, potiolem se ceteris esse creditoribus.

(s) L. 11. §. 6. de act. vend. (19. 1.) — L. 2. C. credit. evict. (8. 46.). *Gordian.* Si a creditrice iure pignoris fundos pater tuus comparaverat, evictis praediis ita demum petitionem adversus creditricem habere iure potes, si vel, quum vendiderit, de evictione rei promisit, vel etiam dolo malo, quum sciret prudensque esset, rem sine vitio non esse, eam patri tuo, cui successisti, venundedit. Nam sicuti genus huiusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui fraudem admisit vel decepit, non excusat.

(t) L. 8. §. 1. L. 22. §. 4. de pign. act. (13. 7.) — Confr. L. 89. §. 3. mandat. (17. 1.).

(u) L. 68. pr. de evict. (21. 2.). *Papin.* Quum ea conditione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet, quamvis pretium emtor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emtor exceptionem habebit, quominus pretium solvat.

(a) L. 3. C. si in caus. iud. (8. 23.). — L. 3. §. 2. C. h. t. *Iustin.* Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, et necessarium fiat creditori saltem sibi eam iure domanii possidere, in huiusmodi casibus causam esse observandam censemus, ut, sive praesens sit debitor, denuntiatio ei scilicet post biennium mittatur, sive abfuerit, provinciale tribunal creditor petat,

2) In caso di altro pegno vi sono le regole seguenti:

a) Deve il creditore nuovamente richiedere il pagamento al debitore presente, fissandogli un periodo di tempo: al debitore assente deve il tribunale stesso intimare un perentorio (b).

b) Se l'avviso è inefficace si procede all'aggiudicazione della proprietà mercè un rescritto dell'imperatore (c).

c) Quest'aggiudicazione dà una proprietà revocabile, imperocchè nel debitore sta il diritto di riprendere la cosa nel corso di due anni (d). Tutto quello che il creditore aggiudicatario intraprende o acquista in rapporto all'oggetto aggiudicato, avvenuta la revoca, è considerato come fatto o acquistato dal creditore pignoratario. Se in questo tempo adunque egli vende l'oggetto aggiudicato è responsabile per gli obblighi del creditore pignoratario (e).

d) Passati i due anni nel creditore si conferma il diritto di proprietà, ed è necessario di tassare giudizialmente il valore dell'oggetto. Se il credito eccede, resta al creditore un'azione personale pel resto; se eccede il valore dell'oggetto nasce un condominio tra il creditore ed il debitore, che potrà dal primo risolversi pagando il sopravanzo all'altro, o al creditore seguente (f).

et iudicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo, ut fiat debitori manifestum per apparitionem iudicis, quod a creditore petitum est, et certum tempus statuatur, intra quod si fuerit inventus, debet qui pecunias creditas accepit, debitum offerre et pignus recuperare.

(b) L. 3. §. 2. 3. C. h. t. — ved. not. preced.

(c) L. 3. §. 3. C. h. t. *Justin.* Sin autem nullatenus fuerit inventus, iudex certum tempus definat, intra quod licentia ei dabitur sese manifestare et offerre pecunias et pignus a pignoratione liberare. Sin autem in tempore statuto vel minime fuerit inventus vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale, et precibus porrectis iure dominii habere eandem rem expetat, habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio. Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum regressum, ex die sacri oraculi numerandum, et liceat ei, creditor, qui iam dominus factus est, offerre debitum cum usuris et damnis vitio eius creditori illatis, quorum quantitatem creditor debet suo iuramento manifestare, et suum pignus recuperare. Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam irrevocabilem factam.

(d) L. 3. §. 3. h. t. — ved. not. prec.

(e) L. 3. §. 5. C. h. t. *Iust.* Sin vero creditor, postquam iure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori servare. Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione, utpote viliori pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti potuerit venire; et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. Sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuo habeat integrum actionem.

(f) L. 3. §. 4. C. h. t. *Justinian.* Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniat, in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas aequa inveniat, sine omni dubitatione totam rem antea pignoratam retineat.

3) Finalmente in rapporto ai pgni generali il creditore non può pretendere che a lui venga aggiudicata tutta intera la sostanza del debitore, ma fa d'uopo procedere alla vendita secondo le regole stabilite (g).

Il patto aggiunto pel quale la proprietà dell' oggetto rimarrebbe al creditore pignoratorio, in caso che fino ad un determinato tempo il debitore non paghi, è nullo (*lex commissoria*) (h). Su questo divieto bisogna ancora considerare, che:

a) Il creditore pignoratorio può accettare la cosa in vece del pagamento (i).

b) Non va compreso in questo divieto la vendita del pegno al creditore medesimo (k).

c) È valido il contratto di vendita fatta nel cominciare del pegno, purchè non faccia frode alla legge (l).

d) Finalmente valido è ancora quel contratto di vendita condizionale fatta ai fideiussori, in caso che dovessero pagare pel debitore, e che fino ad un certo tempo non fossero rimborsati (m).

Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc, quod debitum excedit, debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur, creditoribus quidem foeneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum. Et ne ex communicatione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino, aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competente cautela in eum exponenda offerre.

(g) L. 1. C. eod.

(h) L. 3. C. de pactis pign. et leg. comm. (8. 35.). *Const.* Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, iubemus recuperare quod dederunt.

(i) L. 13. C. de pign. (8. 14.). — L. 24. pr. de pign. act. (13. 7.).

(k) L. 12. pr. de distract. pign. (20. 3.). *Tryphon.* Rescriptum est ab Imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.

(l) L. 16. §. 9. de pign. (20. 1.). *Marcian.* Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim caso videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.

(m) L. 81. pr. de contr. empt. (18. 1.). *Scaev.* Titius, quum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia, et fideiussorem Lucium, cui promisit, intra triennium proximum se eum liberaturum; quodsi id non fecerit die suprascripta, et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia emta esse, quae creditoribus obligaverat; quaero, quum (non) sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, emta haberet suprascripta praedia? Respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est, et contractam esse obligationem.

§. 205.

B. Diritti del debitore pignoratizio.

1) Secondochè si è osservato, il diritto di pegno non dà al creditore nessuna materiale facoltà sulla cosa, ma crea semplicemente una relazione obbligatoria. Onde il debitore non ostante il pegno conserva tutti i diritti inerenti al diritto di proprietà, non escluso neppure il *ius alienandi*, ma temperato dal principio che la cosa è trasmessa *cum onere suo*. Nondimeno la vendita è inefficace, quando vi fosse un patto di non alienare il pegno (a): inoltre la vendita da parte del debitore dev' essere considerata come furto, quando questi vende una cosa mobile soggetta ad un pegno speciale senza il consenso del creditore (b).

2) Secondo il principio stabilito il debitore conserva il diritto di uso e di usufrutto, anche quando il creditore è in possesso della cosa i frutti non vanno in suo profitto, ma si computano a diffalco del debito (c).

3) Per contratto speciale si può abilitare il creditore ad appropriarsi i frutti della cosa impegnata invece di riscuotere gl'interessi della somma mutuata, ovvero ad usare della cosa stessa (*antichresis, pactum antichreticum*). Questo contratto può essere considerato anche indipendente dal pegno, e perciò dà luogo ad un' *actio in factum* (d).

Il debitore ha inoltre diritto di impegnare ad altri creditori l'obbietto del pegno a condizione che dichiari l'esistenza dei pegni precedenti; in caso contrario è obbligato di prestare ogni danno al successivo creditore (e).

Il possesso ad usucapione resta sempre nel debitore, non avendo il

(a) L. 7. §. 2. de distr. pign. (20. 3.). *Marc.* Queritur, si pactum sit a creditore, ne liceat, debitori hypothecam vendere, vel pignus, quid iuris sit; et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse venditionem, et pactioni stetur.

(b) L. 19. §. 6. L. 66. pr. de furt. (47. 2.). *Paul.* Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactone tantum obligaverat; idque et Iulianus putat.—confr. §. 14. Inst. de obi. quae ex delicto (4. 1.). — L. 22. pr. de pign. act. (13. 7.).

(c) L. 1. 2. 3. ult. C. de pign. act. (4. 24.). — L. 1. C. de distr. pign. (8. 28.).

(d) L. 11. §. 1. de pign. (20. 1.).

(e) L. 16. §. 1. L. 36. §. 1. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque, vel si quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. Plane si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignorat, dici dehebit, cessare non solem stellionatus crimen, sed etiam pignoratitiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

creditore se non un possesso derivato, ne ha anche nella ipoteca la detenzione. Finalmente appena sciolta l'obbligazione il debitore ha diritto alla restituzione della cosa, se il creditore non allega per altri obblighi il diritto di ritenzione (f).

C. Relazioni tra molti creditori.

§. 206.

Delle relazioni dei diversi creditori in generale.

La cosa stessa può essere impegnata a molti creditori in diverso modo, e propriamente:

1) Impegnata a molti nel senso che ognuno tenga soggetta una parte della cosa. In tale rapporto ciascun creditore sulla propria parte può adoperare tutti i mezzi di tutela dati dalla legge e contro i terzi, e contro gli altri creditori; anzi verso questi ultimi si può concedere a ciascuno un'*utilis actio communi dividundo* (a). Questa relazione è di dubbia interpretazione quando molti creditori avessero nel medesimo tempo preso il pegno sopra la stessa cosa, di guisa che la divisione più che alle parti dell'oggetto si riferisca al contenuto di ciascuna obbligazione (b).

2) Impegnata a molti nel senso che sia obbligata *in solidum* verso tutti, così come una medesima persona può essere debitrice di molti creditori. In questo caso ognuno de'creditori può far valere contro terze persone le ragioni del suo pegno (c).

3) Per regolare le relazioni dei creditori fra loro fa d'uopo distinguere i seguenti casi:

(f) L. un. C. etiam ad chirogr. pec. (8. 27.).

(a) L. 7. §. 4. Quib. mod. pign. (20. 6.). — L. 10. in fin. de pign. (20. 1.). *Ulp.* Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos, et adversus extraneos per quam dimidiam partem possessionem apprehendunt singuli. — L. 7. §. 6. 12. comm. div. (10. 3.).

(b) L. 16. §. 8. de pign. (20. 1.). *Paul.* Si duo pariter de hypotheca pascantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utram pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeat obligatum. Sed utrumque, si cum possessore agat, quemadmodum, utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrumque in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim; sed si simul illi et illi, si hoc actum est, utrumque recte in solidum agat, si minus, unusquisque pro parte.

(c) L. 10. cit. *Ulp.* Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Servius utentur, inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentem meliorem esse conditionem; debitor enim possidenti haec exceptio: si non convenit, ut eodem res mihi quoque pignori esset.

a) Fra' creditori può esistere una comunità, per la quale ognuno ha diritto sul pegno secondo la parte della propria obbligazione; essi cioè si limitano a vicenda nell' esercizio del diritto di pegno.

b) I diversi creditori possono essere indipendenti l'uno dall'altro, avendo tutti egual diritto sopra il pegno, cosicchè tra loro nasce una vera contrapposizione di diritti, nella quale colui che possiede la cosa ha tutto il vantaggio (d).

c) I diversi crediti possono essere ordinati in modo che l'un creditore debba essere all'altro preferito, e questo è il caso più ordinario. In tal caso è mestieri investigare per quali motivi un diritto di pegno debba essere preferito ad un altro: *quis potior o prior est creditor, quis posterior?*

§. 207.

a) Del pegni privilegiati.

I pegni per privilegio preferiti agli altri sono:

1) quello del fisco per le imposte e per le obbligazioni contrattuali; ma circa queste il privilegio non si estende che ai beni acquistati dopo del contratto, cosicchè il pegno del fisco non è preferito ai pegni più antichi (a);

2) da Giustiniano in poi il pegno generale legale della donna maritata per la restituzione della dote (b). Tale pegno non compete ai suoi eredi, tranne ai figli del primo letto (c);

(d) L. 10. cit. — Ved. not. preced.

(a) L. 1. C. si p^{ro}pt. publ. pensationes (4. 46.). *Anton.* Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore eius iura hypothecae sive pignoris praetendente. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona vessantis obligata sunt. — L. 28. de iure fisci (49. 14.). *Ulp.* Si, qui mihi obligaverat quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorum esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus. — L. 3. C. de primipilo (12. 63.).

(b) L. 12. C. qui pot. in pign. (8. 18.). — Ved. not. segu. — §. 29. Inst. de act. (4. 6.). — Nov. 61. c. 1. in fin.

(c) L. 12. §. 1. C. qui pot. (8. 18.). *Iustin.* Ad haec omnia respicientes, et reminiscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus mulieribus subvenientes, et omnia in unum colligentes sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Quum enim in personalibus actionibus, secundum quod diximus, tali privilegio utebatur res uxoria, quae propter non in hypotheca hoc mulieri et nunc indulgemus beneficium, licet res dotales vel ex his aliae comparatae non exstant, sed quocunque modo vel dissipatae vel consumptae sint, si tamen re ipsa fuerint parti mariti datae? Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis prae-

3) In terzo luogo *ob versionem in rem*, cioè il pegno per una obbligazione contratta per mantenere, ricostruire o riavere una cosa, in quanto il denaro fu veramente impegnato per questo scopo (d).

A questi appartengono:

- a) il pegno dei pupilli riguardo alle cose comprate col loro danaro;
- b) il pegno di chi mutuò danaro per restaurare edifici cadenti (e);
- c) il pegno di chi mutuò danaro per la compra di una milizia e convenne sopr'essa il diritto di pegno (f);
- d) il pegno di chi mutuò danaro per l'acquisto o conservazione di

stant, propter partus periculum et ipsam liberorum procreationem, pro qua multa nostris legibus inventa sunt privilegia? Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus, et, sive liberos habeat mulier, sive ab initio non habuit, sive progenitos amisit, hoc ei privilegium indulgemus. Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis; quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel eius creditores, in praesenti autem similem praerogativam servamus, ne, quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur, sed sic maneat eis ius incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum; duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus.

(d) L. 3. §. 1. L. 21. §. 1. L. 8. qui pot. in pign. (20.4.). Ulp. Interdum posterior potior est prior, ut puta si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero; L. 6. huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam: quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. §. 1. Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit; nam et ipsum naulum potentius est. §. 2. Tantundem dicetur, et si merces horreorum, vel areae, vel vecturae iumentorum debetur, nam et hic potentior erit. L. 7. Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata. Quare, si duorum pupillorum numis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quod si res non in totum ex numis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est et antiquioris, et eius, cuius numis comparata est.

(e) Nov. 97. c. 3. . . . : Scimus, quasdam hypothecas, etsi posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus, vel uti quando quis pecunia sua navem fabricaverit, vel eam emi, fabricari aut reparari, vel domum forte aedificari, vel agrum aut aliud quid emi curaverit. In his enim omnibus posteriores creditores, quorum pecuniis res acquisitae vel renovatae sunt, potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores. Quaesitum igitur est, si mulier opponat privilegium antiquae dotis, vel augmenti, in quo illi quoque privilegium, sicut ante dictum est, servatur, et deinde prioribus creditoribus praevalere velit, veniat autem alius etiam creditor, qui, licet posterior sit, opponat tamen, pecunia sua emtam vel acquisitam esse navem, vel domum, vel agrum, et convenire, ut in illis rebus pecunia sua emtis vel acquisitis dictum privilegium habeat, utrum dotem etiam his praepondere oporteat, an vero reliquis quidem creditoribus, qui talia non opponunt, praevalere, his vero cedere debeat, quis ex ipsorum substantia res acquisita est? Quum igitur multum de his deliberassemus, non invenimus iustum esse, ut mulier eiusmodi privilegio cedat. . . . Propterea volumus, ut, licet quis alterius pecunia agrum emisse, licet quoque domum vel praedium renovasse videatur, talia privilegia mulieribus opponi nequeant; satis enim infirmitatem mulieribus naturae novimus, et quam facile illae circumscribantur.

(f) N. 97. c. 4.

una cosa tanto mobile che immobile, e si riservò un diritto di pegno (g).

Quando nel medesimo tempo concorrono più pegni privilegiati è da stabilire il principio che tutti sono eguali, e che decide la priorità della data. Pure vi sono pegni privilegiati assoluti, i quali sono preferiti a tutti gli altri, come del fisco per le imposte, e di chi per una comprata milizia pattul il pegno privilegiato con atto sottoscritto da testimoni (h).

Se si trovano molti pegni privilegiati pubblici o quasi pubblici per mantenere o ricostituire una cosa, la precedenza si decide per quello che abbia meglio conservato l'interesse di tutti, cioè il più recente; perocchè l'ultima spesa conservò i pegni precedenti (i).

ANNOTAZIONE

La comune opinione riconosce il pegno della donna ortodossa assolutamente privilegiato anche innanzi ai pegni *ob versionem in rem* (k). Prima di Giustiniano non vi essendo che il privilegio del fisco, e quello *ob versionem*, questo secondo era posposto al primo. Introdotto il privilegio per la restituzione della dote, fu stabilita nella legge 12. C. *qui pot.* la precedenza di questo pegno sopra le altre ipoteche semplici, sebbene più antiche, rimanendo lo stesso il rapporto con gli altri pegni privilegiati. Più tardi si ventilò la questione se il privilegio per la restituzione della dote fosse preferibile agli altri pegni privilegiati più recenti, e la questione è decisa dalla Nov. 97. c. 3. in favore della dote. Ora dalla decisione di Giustiniano non nasce certamente che il pegno privilegiato per la restituzione della dote debba essere preferito anche ai pegni *propter versionem in rem*. L'argomentazione che comunemente si fa per sostenere questa conseguenza è erronea. Il pegno della donna maritata, si dice, è preferito al più recente dei pegni *propter versionem in rem*, ma essendo il più recente di questi pegni preferito al più antico, ne segue che quello della donna maritata debba essere anche preferito al più antico de' pegni *ob versionem in rem*. L'errore si manifesta maggiormente, quando si consideri che la preferenza del più recente dei pegni *ob versionem in rem* ha luogo esclusivamente verso gli altri pegni di egual natura. Leggendosi i passi nel loro insieme, si vede chiaramente che il privilegio del fisco rimase anche dopo Giustiniano assolutamente privilegiato come nell'antico diritto, e che il privilegio della donna maritata non ebbe sopr'esso preferenza nessuna, se non relativamente alle altre semplici ipoteche (l).

(g) Ved. not. (d).

(h) N. 97. c. 4.

(i) L. 5. 7. pr. *qui pot. in pign.* (20. 4.). — Ved. not. (d).

(k) L. 12 C. *qui pot.* (8. 18.). — Nov. 97. c. 3. — Ved. not. (c) ed (e). — Glück, XIX. p. 342. — Mühlenbruch, comp. §. 320. — Haimberger, §. 262.

(l) Westphal, diritto di pegno pag. 233. — Gesterding, diritto di pegno pag. 283. — Tigestrom, diritto dotale II. pag. 383. — Puchta, Pand. §. 211.

§. 208.

b) Della priorità del pegno.

Quando fra i pegni non decide il privilegio, è preferito il più antico, e sono applicabili i principii osservati nei precedenti paragrafi sulla costituzione dei pegni e sul tempo della loro esistenza (a).

In riguardo alla prova della priorità fa d'uopo attenersi alla costituzione di Leone, il contenuto della quale sarebbe il seguente: chi intende provare la priorità del suo pegno contro un altro creditore pignoratorio, non deve adoperare un documento privato che provenga dal solo debitore, col quale potrà provare unicamente l'esistenza, non la data del suo diritto; la pruova per documenti deve farsi con atti pubblici, ovvero sottoscritti da tre testimoni fededegni (b). Dalla legge di Leone così esposta, nascono le seguenti regole:

1) Di due pegni, provati l'uno per documenti pubblici, l'altro con mezzi di diversa natura ma ugualmente abili, nessuno ha preferenza, ed entrambi si ordinano secondo la data.

2) Di due pegni provati l'uno per documenti privati, l'altro per documenti pubblici o per altri mezzi, il primo è posposto.

3) Il pegno privilegiato privato è sempre preferito al pegno semplice, quand' anche addimostrato per atti pubblici, non essendo questione di data e priorità di tempo.

Questa regola della priorità per data cessa:

1) fra i pegni pretorii (c);

2) fra i pegni privilegiati *ob versionem in rem* (§. 207.).

(a) L. 3. pr. L. 8. qui pot. in pign. (20. 4.). — L. 4. 8. 12. §. 1. C. eod. (8. 18.). *Antonin.* Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior es iure. — Nov. 91. c. 1.

(b) L. 11. C. qui pot. in pign. (8. 18.). *Leo.* Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secreta fieri, intervenientibus amicis, necne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. — Ved. *Vangerow*, §. 387. — *Cosacker*, de praerogativa pign. Trib. 1789. — *Gesterding*, diritto di pegno pag. 292.

(c) L. 12. pr. de reb. auct. iud. (42. 5.). *Marcian.* Quum secundus creditor oblata priori

§. 209.

c) Relazione tra' creditori di diverso grado.

Il creditore preferito può usare senza ostacolo il suo diritto su tutta l'estensione e il contenuto del pegno: onde può produrre l'azione contro ogni terzo non solo, ma anche contro il creditore posteriore, e rimuovere con un'eccezione di pegno migliore le azioni di quest'ultimo (a). Similmente può compiere o permettere la vendita della cosa secondo il proprio interesse senza riguardo agli altri creditori che debbono essere soddisfatti dopo di lui; ed in questo modo sta in suo potere di risolvere i molti diritti di pegno che gravitano sulla medesima cosa (b).

Tale priorità si trasmette a colui che si surroga al primo creditore pignoratario.

Il creditore posteriore ha pur'egli un diritto effettivo di pegno, che può far valere contro terze persone in ogni tempo; ma contro il creditore preferito la sua azione di pegno è senza efficacia (c) fino a quando non sia questi soddisfatto (d). Egli non può vendere l'oggetto, e colui che avesse comprato la cosa dal creditore posteriore può venire costretto alla restituzione per mezzo dell'azione ipotecaria del creditore preferito, e il primo deve risponderne, potendo essere considerato o come frodatore, ovvero come *qui dolo malo possidere desiit* (e). Il creditore posteriore ha

pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit. — L. 5. §. 5. *ut in possess. leg.* (36. 4.). — L. 15. §. 15. *de damno in festo* (39. 2.). *Ulp.* Si plures sunt, qui postulant, ut caveatur, omnes mitti in possessionem solent. Idemque Laheo probat, et si prius quis in possessionem missus sit, et alius mitti desideret; nam non spectabimus ordinem, sed habebunt ambo possessionem. Quodsi iam prior possidere inssus sit, et alius damni infecti caveri desideret, tunc, nisi caveatur, mittetur in possessionem posterior. — L. 10. pr. C. *de bou. auct. iud.* (7. 72.). — L. 2. C. *qui pat.* (8. 18.).

(a) L. 12. pr. *qui pot.* (20. 4.). *Marcian.* Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possident eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio prioris utilis est: *si non mihi ante pignori hypothecae nomina sit res obligata*, sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excipiat: *si non convenit, ut sibi res sit obligata*, hic in modum supra relatam replicabit; sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte agat, et adindicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

(b) L. 8. C. *qui pot.* (8. 18.). — L. 1. C. *cred. evict.* (8. 46.). — L. 1. 3. C. *ei ant. cred.* (8. 20.).

(c) L. 12. pr. §. 7. *qui pot. in pign.* (20. 4.). — *Ved. not.* (a).

(d) L. 1. C. *qui pot. in pign.* (8. 18.). *Sever. et Anton.* Qui pignus secundo loco accepit, ite ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, quum obtulisset isque accipere voluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit. — L. 9. §. 3. *qui pot.* (20. 4.).

(e) L. 8. C. *qui pot. in pign.* (8. 18.). — L. 1. *de distr. pign.* (20. 3.). — L. 1. C. *cred. evict.* (8. 46.). — *confr.* L. 16. §. 3. *de pign.* (20. 1.).

nondimeno diritto di pretendere il resto del prezzo del pegno dal creditore anteriore (f): ha inoltre il diritto d' evitare l'azione del creditore precedente, sia come ogni reo convenuto soddisfacendo il credito (g), sia offrendo il prezzo o secondo i casi depositandolo, e surrogandosi nelle ragioni del creditore anteriore; allora avrà il diritto di regolare la vendita da sè (h). Finalmente quel creditore posteriore, che abbia un diritto di pegno speciale può opporre ad un'azione ipotecaria del creditore anteriore, che ha un pegno generale, la così detta *exceptio excussionis realis* (i).

IV. Dei mezzi per tutelare il pegno.

§. 210.

1) Azione reale.

Per garantire il diritto di pegno il creditore ha un'azione reale, detta in un caso *actio Serviana*, negli altri *actio quasi Serviana*, comunemente intesa col nome di *actio hypothecaria*, ovvero *pignoratitia in rem actio* e distinta dalla *pignoratitia in personam*, la quale nasce dal contratto e appartiene alle obbligazioni (a).

Tale azione è una *vindicatio pignoris*, e, come una *utilis rei vindicatio*, compete al creditore contro qualunque possessore della cosa impegnatagli, fosse anche lo stesso debitore proprietario, anche come l'azione di rivendica può essere prodotta contro il *fictus possessor* (b); secondo le

(f) L. 12. §. 3. qui pot. in pign. (20. 4.). *Marcian.* Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere; sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.—confr. L. 96. §. 3. de solut. (46. 3.).

(g) L. 11. §. 4. qui pot. (20. 4.).

(h) L. 3. pr. de distrah. pign. (20. 3.).

(i) L. 2. C. de pign. (8. 14.). — Ved. §. 210. not. (k).

(a) §. 7. Inst. de act. (4. 6.): Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecae persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenierit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditoribus, maxime si mobilis sit; at eam, quae sine traditione nulla conventionione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

(b) L. 16. §. 3. de pign. (20. 1.). *Marcian.* In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est; nam si non possideat, nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet: si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem re-

circostanze si può produrre quest' azione nella stessa estensione ed efficacia, come il costituente che l' ha impegnata, può produrre l' azione publiciana (c).

È scopo dell' azione ipotecaria la restituzione della cosa, e come nell' azione di proprietà, il rimborso dei danni e gl' interessi; certamente questo scopo è confinato dall' obbligazione cui il pegno garantisce. L' azione si estende anche ai frutti, ma in quanto sono esistenti, ed in quanto possono soddisfare l' obbligazione (d).

Non ne è condizione la scadenza del credito, potendo il creditore servirsene anche prima durante il diritto di pegno, specialmente quando abbia perduto senza sua colpa e volontà il possesso dell' oggetto (e). Con questa azione non si può pretendere la soddisfazione del credito, eccetto se il convenuto fosse lo stesso debitore; ai terzi è data facoltà di schermirsene offrendo l' intera soddisfazione del credito (f).

Per la prova è mestieri distinguere se convenuto sia lo stesso debitore, una terza persona o un creditore che ha pegno sulla cosa stessa: nel primo caso è sufficiente la costituzione del pegno; nel secondo caso, purchè il terzo non avesse acquistato l' oggetto direttamente dal debitore, conviene non solo provare il pegno, ma ancora che la cosa a quel tempo era nella proprietà del debitore; nel terzo finalmente deve provarsi il pegno e il diritto della preferenza (g).

situat, aequè absolvendus est; al vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere, nec possit, forte quod res abest, et longe est, vel in provinciis, solet cantionibus res explicari, nam, si caveret se restitutum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desit possidere, summa autem ope natus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus; nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, quum et in personam agendo idem conquireretur?

(c) L. 18. eod. *Paul.* Si ab eo, qui Publiciana nti potuit, quia dominum non habuit, pignori accepti, sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

(d) L. 16. §. 3. 4. L. 24. §. 3. eod. *Ulp.* Si res pignoriata non restituitur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem; nam adversus debitorem, non plura quam quanti debet, quia non plura interest; adversus ceteros possessiones etiam pluras, et quod amplius debito consentus creditor fuerit, restituere debet debitori pignoratitia actione. — *confr.* L. 66. pr. de evict. (21. 2.).

(e) L. 14. pr. de pign. (20. 1.). *Ulp.* Quaesitum est, si non dum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, dandum pignoris persecutionem, quia interest mea, et ita Celsus scribit. — L. 28. pr. de pign. act. (13. 7.).

(f) L. 16. §. 3. de pign. (20. 1.).

(g) L. 12. §. 1. de distr. pign. (20. 6.). — L. 15. §. 1. L. 16. §. 3. L. 21. §. 1. de pign. (20. 1.). — L. 23. de prob. (22. 3.). *Marcian.* Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit; sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cuius voluntate hypotheca data sit. — L. 12. pr. L. 14. qui pot. (20. 4.).

D' altra parte il convenuto potrà adoperare in suo favore alcune eccezioni come nel giudizio di proprietà, e distruggere in tutto o in parte l' effetto dell' azione pignorizia (h):

1) con l' offerta del pieno pagamento, anzi con ciò il convenuto, che stia legalmente in possesso, può costringere l' attore alla cessione dello stesso diritto di pegno (i);

2) per mezzo di due beneficii, ossia;

a) nel diritto anteriore alle Novelle era data al creditore la scelta di rivolgersi o contro il debitore con l' azione personale, ovvero contro il possessore della cosa oppignorata con l' azione reale, secondo il nuovissimo diritto;

b) con l' *exceptio excussionis personalis*, chiedendo il terzo possessore che l' attore si dirigga prima al suo debitore ed al fideiussore (k);

c) con l' *exceptio excussionis realis*, costringendo l' attore a rivolgersi prima al pegno speciale indi al generale nel caso che egli li avesse entrambi (l).

L' *exceptio excussionis* non regge ne' seguenti casi:

1) se è noto che debitore e fideiussore sono insolventi;

2) se sono assenti, nè ritornano nel tempo dal giudice stabilito (m);

3) se il debitore alienò la cosa dopo mossa l' azione ipotecaria, indipendentemente se il compratore sapesse o no l' esistenza del pegno (n);

4) finalmente se l' oggetto del pegno fosse un credito.

Oltre a ciò compete al convenuto tanto l' eccezione di preferenza quanto quella di prescrizione, la quale per l' azione ipotecaria è stabilita di 40 anni (o).

(h) L. 29. §. 2. de pign. (20. 4.). *Paul. Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius, et extruxit; quaesitum est de iure pignoris; Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare, et ideo ius soli superficiem seentam videri, id est cum iure pignoris; sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in extructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, recipere.*

(i) L. 12. §. 1. quib. mod. pign. (20. 6.). — L. 19. qui pot. in pign. (20. 4.).

(k) Nov. 4. c. 2. — confr. L. 14. C. de O. et A. (4. 10.). — L. 14. 24. C. de pign. (8. 14.). *Dioclet. et Maxim. Persecutione pignoris omiſsa debitores actione personali convenire, creditor argeri non potest.*

(l) L. 2. C. de pign. (8. 44.). *Sever. et Anton. Quamvis constet, specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et aequale ius in omnibus habere, iurisdietio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse enim ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit. — confr. L. 2. qui pot. in pign. (20. 4.). — L. 9. C. de distr. pign. (8. 29.).*

(m) Nov. 4. c. 1. 2.

(n) Nov. 112. c. 1.

(o) L. 12. pr. §. 7. qui pot. in pign. (20. 4.). — L. 7. §. 1. 2. C. de praescript. 30. ann. (7. 39.).

§. 211.

2) Dell' *interdictum Salvianum*.

T. D. de Salviano interdicto (43. 33.). — C. de precario et Salv. interd. (8. 9.).

Per il medesimo caso, al quale si aggiustava l' *actio Serviana*, cioè per le *invecta et illata* dal conduttore nel fondo rustico od urbano, fu concesso dall' editto pretorio un interdetto *adipiscendae possessionis* conosciuto col nome d' *interdictum Salvianum* (a), per mezzo del quale il locatore può pretendere il possesso degli oggetti ipotecati per la mercede del fondo, per esercitare il suo diritto. Un tale interdetto si rinviene anche dopo che fu introdotta un' azione speciale, ossia anche quando non fu più indispensabile.

La validità di questo interdetto viene comunemente circoscritta ai casi per i quali ebbe origine, e non si accetta un *interdictum quasi Salvianum* in analogia dell' *actio quasi Serviana*; quantunque la scuola avesse per analogia esteso l'interdetto medesimo ad ogni creditore ipotecario (b).

§. 212.

3) Altre azioni spettanti al creditore pignoratorio.

Oltre ai mezzi succitati il creditore ha ancora molti altri mezzi di tutela, fondasi sopra il concetto che il creditore pignoratorio è reputato proprietario dell' oggetto, come se, secondo il diritto antichissimo, l' avesse acquistato *fiduciae causa*. Per la qual cosa il creditore pignoratorio può giovarsi utilmente ancora delle seguenti azioni: a) dell' *actio confessoria* e *negatoria* (a); b) dell' *actio finium regundorum* (b); c) dell' *actio legis aquiliae* (c); dell' azione di furto (d); d) dell' azione per *cautio damni infecti* (e); e) nel

(a) §. 3. Inst. de interd. (4. 13.). *Gai.* Inst. IV. §. 147.

(b) V. *l'angerow*, Pand. I. 390. — *Zimmern*, giorn. di Giess. I. p. 54. — *Thibaut*, eod. Dissert. 7. — *Puchta*, corso delle Ist. II. §. 231. ecc.

(a) L. 16. de servit. (8. 1.).

(b) L. 4. §. 9. act. fin. regund. (10. 1.). *Paul.* *Finium regundorum actio et in agris vectigalibus, et inter eos, qui usumfructum habent, vel fructuarium et dominum proprietatis vicini fundi, et inter eos, qui iure pignoris possident, competere potest.*

(c) L. 17. pr. L. 36. §. 1. ad Leg. Aquil. (9. 2.). *Ulp.* Si dominus servum suum occiderit, bonaefidei possessori, vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur.

(d) L. 87. de furt. (47. 2.). *Paul.* Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit; sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debita, et usurarum eius, furti conveniretur.

(e) L. 11. de damno infecto (39. 2.).

caso di pegno propriamente detto degl' *interdicta retinendae e recuperandae possessionis* (f), come l'*interdictum de vi aut clam* e l'*interdictum de precario*.

§. 213.

V. Dell' estinzione del diritto di pegno.

T. D. quib. mod. pign. vel hypotheca solv. (20. 6.).

1) Il diritto di pegno, come un *ius in re aliena*, è soggetto ai modi di estinzione comuni agli altri di questa natura (a).

2) Si estingue naturalmente per confusione quando si uniscono nella medesima persona il diritto di pegno e la proprietà della cosa impegnata (b). Pur non pertanto nella teoria del pegno vi sono eccezioni a questa regola, in quanto si può far valere un diritto di pegno sulla cosa propria.

Il diritto di pegno sottostà pure a modi generali di estinzione, quindi cessa :

1) per remissione, la quale si effettua espressamente o tacitamente; espressamente per mezzo di un contratto che può rimettere tanto una parte, quanto tutto il pegno, tanto un pegno speciale e volontario, quanto un legale (c). Tacitamente o per presunzione ne' seguenti casi:

a) se il creditore restituisce al debitore l' oggetto del pegno col documento del contratto, al che se segue la consegna dell'istrumento, si presume rimessa anche la obbligazione principale (d);

b) se il creditore legò al debitore il pegno medesimo (e);

(f) L. 35. §. 1. de pign. act. (13. 7.). *Florent.* Pignus manente proprietate debitoris solum possessionem transfert ad creditorem; potest tamen et precario et pro conducto debitore re sua uti. — L. 11. §. 14. quod vi aut clam. (43. 24.). — L. 6. §. ult. de precar. (43. 26.).

(a) Ved. capp. preced.

(b) L. 29. de pign. art. (13. 7.). *Julian.* Si rem alienam bona fide emeria, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, delude me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse, et sola precarii rogatio supererit; idcirco usucapio tua interpellabitur. — L. 30. in fin. de except. rei iud. (44. 2.). — confr. L. 83. §. 5. de usuc. (41. 3.). — L. 45. de R. l. (30. 17.).

(c) I. C. de remiss. pign. (8. 26.). — L. 8. §. 1. 3. 4. h. t. *Marcian.* Creditor ut pignori hypothecae sit res, paciari potest, et ideo si heredi pactus fuerit ei quoque proderit pactum, cui restituit hereditatem et Senatocognovit Trebelliano. — L. 8. pr. ad SC. Velleian. (16. 1.). — L. 4. C. de remiss. pign. (8. 26.).

(d) L. 2. §. 1. L. 3. de pactis (2. 14.). *Paul.* Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit. — L. 7. C. de rem. pign. (8. 26.).

(e) L. 1. §. 1. de iiber. leg. (34. 3.). *Ulp.* Iulianus scripsit, si res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum, habereque eum actionem, ut pignus recipiat, priusquam pecuniam solvat; sic autem loquitur Iulianus, quasi debitum non debeat lucrari; sed si alia testantis voluntas fuit, et ad hoc pervenietur exemplo luitionis.

c) se con assenso del creditore il debitore prestò altro mezzo di sicurezza (f);

d) se il creditore ha consentito ad un' altra costituzione di pegno sulla cosa prima impegnatagli: il che è non solo rinuncia della preferenza, ma ancora rinuncia del pegno, salvo che non si provi la contraria intenzione, o la riserva del proprio diritto (g); ovvero se senza riservare il suo diritto abbia il creditore consentito all' alienazione del obbietto del pegno (h). Se al contrario non vi è stato consenso espresso, ma solamente il creditore non ha contraddetto, il suo tacere non gli cagiona la perdita del diritto, tranne che l'alienante sia il fisco o il creditore taccia per dolo, ovvero con editto giudiziale avvertito, non contraddica, quantunque presente alla vendita (i);

2) pel decorso del tempo fino al quale fu costituito (k);

3) per prescrizione e specialmente:

a) Chi secondo le regole dell'usucapione ordinaria possiede un oggetto impegnato, se ignora di buona fede l'esistenza del pegno, dopo 10 anni, e secondo le circostanze, dopo 20, acquista la proprietà libera (l).

b) Così per mezzo dell'usucapione straordinaria, purchè sempre il possessore ignori l'esistenza del pegno.

c) L'azione pignorizia contro il debitore e suoi eredi si prescrive in 40 anni; contro i terzi, i quali non abbiano acquistata la libera proprietà della cosa per usucapione, si prescrive in 30 anni; contro un creditore pignoratario di grado inferiore nel tempo della vita del debitore si

(f) L. 9. §. 3. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Omnis pecunia exoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione, nascitur pignoratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavet, licet in hoc deceptus sit.—L. 5. §. 2. L. 6. §. 1. 3. b. t. — L. ult. C. de nov. (8. 42.).

(g) L. 9. §. 1. L. 12. pr. quibus modis pignus (20. 6.). *Paul.* Paulus respondit, Sempronius antiquiorem creditorem consentientem, quam debitor eandem rem tertio creditori obligaret, ius suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum eius successisse, et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est, et si Respublica tertio loco crediderit.—L. 12. §. 4. qui pot. (20. 4.).

(h) L. 4. §. 1. 2. L. 8. §. 6. 7. 11-19. h. t. — L. 138. de R. I. (50. 17.).—L. 2. 11. C. de rem. pign. (8. 26.).

(i) L. 4. §. 1. b. t. — L. 2. 6. 8. C. de rem. pign. (8. 26.).—L. 2. C. si alien. res. (8. 16.).

(k) L. 6. pr. h. t. *Ulp.* Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita sit.

(l) T. C. si adv. cred. praescr. oppon. (7. 36.). — L. 5. §. 1. de div. temp. praescrpt. (44. 3.). — L. 8. pr. C. de praescr. 30. vel 40. ann. (7. 39.). — Ved. §. 170. not. (a).—confr. L. 44. §. 5. de usuc. (41. 3.). — L. 1. §. 2. de pign. (20. 1.). — L. 14. C. de O. et A. (4. 10.).

prescrive in 40 anni; e dopo la morte di lui, bisogna distinguere se il creditore posteriore vuol imputare il tempo in cui la cosa fu posseduta da lui o dallo stesso debitore mentre era in vita, o no; nel primo caso l'azione si prescrive in 40 anni, nel secondo in 30 (m).

4) Finalmente cessa il pegno dal momento che termina la causa della sua esistenza, ossia appena l'obbligazione, in sostegno della quale fu costituito, si estingue in tutta la totalità del suo oggetto; cessa assolutamente il pegno, quando anche l'obbligazione si fosse estinta *ope exceptionis* (n). Ciò non ostante per regola dell' editto pretorio l'*actio hypothecaria*, come l'azione *de constituta pecunia*, allora cessa quando il creditore è pienamente soddisfatto, o quando non è soddisfatto per sua volontà (o); ma l'azione ipotecaria, e per conseguenza il pegno, resta qualora l'obbligazione principale si estingue per motivi indipendenti dalla volontà del creditore (p).

APPENDICE X.

Il diritto di pegno quale noi lo troviamo nei libri giustiniani non è che una istituzione molto recente del diritto romano, ma che ha nondimeno radice nei più antichi istituti, e se ne osservano i primi rudimenti nelle antiche forme di esecuzione.

Il diritto di obbligazione per suo carattere giuridico non può dare altro potere al creditore che di costringere il debitore al pagamento; per esatta applicazione di

(m) L. 7. §. 1. 2. de prescr. trig. vel quatr. ann. (7. 39.).

(n) L. 6. pr. h. t. — L. 11. §. 2. 5. de pign. act. (13. 7.). — L. 19. de pign. (20. 1.). — L. 3. de iuit. pign. (8. 31.). — L. 19. C. de usur. (4. 32.). — L. 43. de solut. (46. 3.). — L. 17. §. 2. de pact. (2. 14.). — L. 5. pr. L. 13. h. t. Trypon. Si deferente creditore iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset; nam et si a iudice, quamvis per iniuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

(o) Ved. not. prec. coufr. L. 13. §. 1. ad SC. Velleianum (16. 1.). — L. 11. §. 4. qui pot. in pign. (10. 4.). — L. 49. de solut. (46. 3.). Marcian. Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditoribus. Sed et si iussu eius alii solvitur, vel creditoribus eius, vel futuro debitori, vel etiam ei, cui donaturus erat, absolvi debet. Ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. Tutori quoque si soluta sit pecunia, vel curatoribus, vel procuratoribus, vel cuilibet successoribus, vel servo actoribus, proficiet ei solutio. Quodsi acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata, vel sine stipulatione accepta sit, solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisfactionis sufficit.

(p) Ved. L. 30. §. 1. ad leg. Aquil. (9. 2.). — L. 27. de pign. (20. 1.). — L. 3. 7. C. de praescr. 30. ann. (7. 39.). — L. 2. C. de iuit. pign. (8. 31.). — L. 59. pr. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 38. §. 5. de solut. (46. 3.). African. Qui pro te apud Titium fideiussisset, pignus in suam obligationem dedit, post idem heredem te instituit; quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; at si idem alium fideiussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, subita obligatione eius, pro quo fideiussum sit, eum quoque, qui fideiussisset, liberari. — L. 13. §. 1. ad SC. Vellei (16. 1.). — L. 13. §. 4. de pign. (20. 1.). — Buchov. De pign. libr. V. §. 2. 3.

questo principio l'antichissimo diritto di Roma non concedeva l'esecuzione sui beni, la quale avrebbe sorpassate le facoltà del creditore, e manomessa l'altrui proprietà: sulla sola persona obbligata poteva quegli dirigersi per attuare il suo diritto.

I. A questo stato si rapporta il celebre frammento delle XII. Tavole: *Heris confessis rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunt*; chi confessava in diritto era equiparato al condannato, aveva trenta giorni di dilazione, dopo questo tempo si dava contro di lui la *manus iniectio* (a): *Post deinde manus iniectio esto, in ius dicitur*; e se non pagava o non presentava un *vindex*, il creditore avea diritto di mettere le mani su di lui, e menarlo legato in prigione, potendo solo essere obbligato a somministrargli una libbra di farina giornalmente per alimento. Questa esecuzione personale fu estesa fino al segno di permettere che dopo sessanta giorni e dopo altre formalità potesse vendersi il debitore *trans Tiberim* (b).

Una limitazione a questo diritto fu dettata dalla legge Petelia (428.) che proibì al creditore l'incatenamento dopo 60 giorni, dovendo il debitore essere adoperato al lavoro, dal cui frutto poteva l'altro ricavare la somma del credito.

In un caso speciale quando lo Stato era creditore di un cittadino per imposte arretrate, si applicava la multa e la *pignoris capio*, la coazione contro il renitente, e il *ius pensionis*, potendo il magistrato vincere la opposizione del debitore con la cattura. Questi mezzi coercitivi avevano un doppio carattere: erano mezzi per il cominciamento di un giudizio, se il reo metteva in dubbio la giustezza del reclamo; erano esecuzioni della sentenza, quando per giudizio criminale qualcuno era condannato ad una somma di danaro. Questo primo passo dell'istituto di pegno avea questa forma, che il Pretore mandava i questori a prendere possesso de' beni del debitore (*bona possessa*), e, come se fossero proprietà dello Stato, erano venduti al maggiore offerente (*bona proscripta*).

II. Il Pretore Rutilio estese a favore de' crediti privati la esecuzione sui beni (c); a richiesta del creditore il Pretore lo immetteva nei beni del debitore (*missio in possessionem rei servandae causa*). Riconosciuta la possibilità che il creditore potesse soddisfarsi sui beni del suo debitore, fu agevole concepire, e costituire effettivamente il diritto di pegno. Il concetto fondamentale del pegno dovette fissarsi così: che il creditore e il debitore convenissero che il primo senza la cooperazione del secondo si pagasse col prezzo di vendita di una cosa determinata, e che l'altro potesse riscattare la propria cosa per mezzo del pagamento.

Affinchè questo concetto potesse incarnarsi era mestieri determinarlo in una formola di diritto civile, non essendo efficace per questo il solo consenso. La forma che in quei tempi si presentava come possibile era la *mancipatio*, per mezzo della quale il creditore acquistava il dominio della cosa, e poteva, in caso che non si pagava il debito, vendere l'oggetto; era d'altra parte data un'azione al debitore di recuperare per *remancipationem* l'oggetto dopo soddisfatto il creditore. La limitazione al dominio di questo, ossia l'obbligo alla *remancipatio*, fu detta *fiducia*, *fiduciam contrahere*, ed il pegno stesso si nominò *fiducia* (d).

Erano obbietti di questo pegno tutto ciò che poteva essere alienato o ceduto in

(a) Ved. I. vol. pag. 289.

(b) Eod.

(c) Gai. VI. 35.

(d) Gai. II. 60. III. 201.— Paul. recept. sent. II. 13.

iure, non esclusi i proprii figliuoli, sui quali il creditore acquistava il *mancipium*.

In questo modo essendo la facoltà di alienare data al creditore come effetto del dominio in lui trasferito per mezzo della mancipazione, si giunse a mantener fermo l'antico principio che vietava qualunque esecuzione sui beni del debitore; ed insieme con la revocabilità del dominio furono evitate le sconfinanti conseguenze di questo spediente. Così costituito il pegno, si dava piena sicurezza al creditore il quale addiveniva proprietario; per virtù dei mezzi che tutelano la proprietà riusciva giuridicamente impossibile la sottrazione dell'oggetto da parte del debitore, e non poteva suppersi il pegno sulla stessa cosa a più creditori, perchè in questo caso vi sarebbe stata la proprietà di molti sul medesimo oggetto *in solidum*, il che è impossibile.

Ma la necessità che della cosa impegnata si facesse proprietario il creditore era pure inconveniente, in quanto che il debitore per dare sicurezza del debito doveva privarsi totalmente di una parte del suo patrimonio. A cansarla si offriva un altro istituto dell'antico diritto, il *precarium*, per cui poteva lasciarsi al debitore il possesso dell'oggetto, essendo d'altra parte il creditore garantito perfettamente con la *rei vindictio*.

Il diritto del creditore, per conseguenza della proprietà, era di vendere il pegno, in caso che non venisse soddisfatto alla scadenza; prima di questo tempo gli mancava il *ius distraendi*, avendo il debitore per contrapposto l'*actio fiduciae* per liberare il pegno col pagamento, la quale azione era naturalmente perduta per mezzo della vendita, e poteva solamente esercitarsi per tutt'occhè che avanzava dalla soddisfazione del creditore. Potevasi ancora convenire che giunto il tempo del pagamento il pegno entrasse irrevocabilmente in proprietà del creditore, il quale lo riteneva in soddisfazione del suo credito: tale convenzione avveniva per la legge *commissoria*, la quale fu vietata posteriormente da Costantino per ogni specie di pegno.

III. Quando in tempi più recenti il diritto pretorio si contrappose al diritto civile, e con nuove massime creò rimpetto a questo un novello sistema; il pegno si trasformò così, che col trapasso del solo possesso materiale si conseguì l'effetto di non alterare la sicurezza del credito, e di non spropriare della cosa il debitore.

Questa forma sebbene più recente della *fiducia*, occorre ancora nei tempi più antichi con un altro carattere. È il mezzo coercitivo per l'esecuzione della sentenza, la *pignoriscapio*, usata dal magistrato contro quei cittadini che si sottraevano ai pesi pubblici, annoverata tra le *legis actiones*, indi estesa alle materie civili per esecuzione nelle *extraordinariae cognitiones*, e finalmente per esecuzione di ogni sentenza giudiziale (*pignus in causa iudicati captum*). È senza dubbio una specie di pegno la *missio in possessionem*, per mezzo della quale il magistrato immette a possedere i beni del debitore per assicurare un diritto; donde nacque il pegno pretorio.

Il pegno che seguì alla *fiducia* si costituiva per contratto tra le parti. Il debitore per mezzo di un contratto pignoratizio dava sicurtà al creditore col trasmettergli il possesso di una cosa sua propria.

La differenza di questo pegno con la *fiducia* è rilevante, in quanto che in questa si trasferiva il dominio al creditore, nel pegno il semplice possesso; il contratto di pegno è *iuris gentium*, e il diritto del creditore nasce per semplice tradizione senza atti solenni.

Questa forma di pegno fu avvalorata con l'introduzione dei mezzi di tutela del possesso: pure due imperfezioni vi si notano.

Il possesso del creditore impediva l'alienazione delle cose mobili, non delle im-

mobili, che poteano alienarsi anche dal non possessore: onde per queste la garanzia era incerta, e il creditore era soggetto alla *rei vindictio* di un successore singolare: contro cui l'*exceptio doli* era inefficace. Forse fu rimediato col rilasciare la cosa al debitore in precario, e garantirsi più pienamente con l'interdetto relativo (*de precario*).

L'altra imperfezione riguardava la vendita del pegno, per la quale, poichè il diritto di vendere nel creditore non derivava che dal patto *de distrahendo pignore*, era solo trasmessa al compratore la *conditio usucapiendi*.

IV. L'ultima forma del pegno fu l'ipoteca che giunse a dare una perfetta sicurezza al credito, ed una massima estensione ed attuabilità all'istituto medesimo. Coi precedenti sistemi della *fiducia* e del pegno era impossibile impegnare successivamente la stessa cosa, onde la proprietà col primo pegno cessava di essere utile al credito: era impossibile impegnare una totalità di beni con nome collettivo, dovendo procedere per singole cose: era finalmente impossibile di dare il pegno sulle cose future. Questi scontri si dileguarono togliendo dal pegno la trasmissione della proprietà, e del possesso, e riducendolo ad un *ius in re aliena*, cioè ad un'ipoteca.

In sulle prime il Pretore nel suo editto dichiarò che il fittaiuolo potesse dare in pegno al proprietario per sicurezza del fitto tutto ciò che portava nel fondo (*illata et invecta*). Per assicurare il pegno il Pretore diede due mezzi: un interdetto *adipiscendae possessionis* conosciuto col nome d'*interdictum Salvianum*, ed un'azione reale che fu detta *actio Serviana*. Poscia il diritto di pegno in generale ebbe il medesimo carattere e l'azione *Serviana* fu estesa a tutti i creditori pignoratarii col nome di *actio quasi Serviana*. È questo l'ultimo stato del diritto.

FINE DEL PRIMO VOLUME.

HAG 2001347



INDICE DELLE MATERIE

CONTENUTE NEL 1.^o VOLUME.

PREFAZIONE alla seconda edizione.	»	III
PREFAZIONE alla prima edizione.	»	X

PARTE I.

INTRODUZIONE.

§. 1. Del diritto civile romano.	pag.	1
--	------	---

Fonti del diritto romano.

§. 2. Codici giustinianeî.	»	ivi
§. 3. Fonti per la Intelligenza del <i>corpus iuris</i>	»	6
§. 4. Bibliografia.	»	12

LIBRO I.

PARTE GENERALE.

CAPITOLO I.

DEL DIRITTO IN SENSO OBIETTIVO.

I. §. 3. Della giustizia e del diritto.	»	19
II. Della divisione del diritto.		
A. §. 6. Del diritto pubblico e privato.	»	21
B. §. 7. <i>Jus naturale gentium et civile</i>	»	ivi
B. §. 8. Diritto scritto e non scritto.	»	23
III. §. 9. Divisione del diritto in rapporto al suo carattere ed estensione	»	26
IV. §. 10. Dell' interpretazione.	»	27
V. §. 11. Del diritto in rapporto al tempo.	»	32
VI. §. 12. Abolizione della legge.	»	39
Appendice I.	»	ivi

CAPITOLO II.

DELLE PERSONE.

	§. 13.	Concetto della persona.	» 43
I.		Persone fisiche.	
A.	§. 14.	Condizioni per la esistenza dell'uomo o della esistenza di fatto.	» 44
	§. 15.	Termine della esistenza fisica.	» 46
B.	§. 16.	Della capacità o dello status e delle diminuzioni nel capo.	» 48
C.		Circostanze che hanno influenza sulla esistenza fisico-giuridica della persona.	
1)	§. 17.	Dello stato naturale.	» 63
2)	§. 18.	Del sesso.	» 65
3)	§. 19.	Dell'età.	» 66
4)	§. 20.	Della sanità di corpo e di spirito.	» 72
5)	§. 21.	Della religione.	» 74
6)	§. 22.	Del domicilio.	» 75
7)	§. 23.	Della parentela ed affinità.	» 77
8)	§. 24.	Della pubblica stima.	» 80
II.		Delle persone giuridiche.	
A.	§. 25.	Concetto e specie delle persone giuridiche in generale.	» 86
B.		Delle università in generale.	
1)	§. 26.	Carattere generale ed idoneità delle università.	» 88
2)	§. 27.	Termine della università.	» 93
C.		Di alcune università in particolare.	
1)	§. 28.	Del fisco.	» ivi
2)	§. 29.	Delle fondazioni pie.	» 94
I.		Appendice II. Manomissione.	» 95
II.		Appendice III. Cittadinanza.	» 97
III.		Appendice IV. Persone giuridiche.	» 99

CAPITOLO III.

DELLE COSE.

I.	§. 30.	Concetto delle cose.	» 101
II.		Importanza giuridica delle cose.	
A.	§. 31.	Delle cose mobili ed immobili.	» 102
B.	§. 32.	Delle cose in commercio e fuori commercio.	» 103
C.	§. 33.	Delle cose fungibili e non fungibili.	» 105
D.	§. 34.	Delle cose dividue ed individue.	» 106
E.	§. 35.	Delle cose singole e complessive.	» 107
F.		Delle cose principali ed accessorie.	
1)	§. 36.	Delle pertinenze.	» 109
2)	§. 37.	Delle spese.	» 110
3)	§. 38.	Dei frutti.	» 111
4)	§. 39.	Delle usure.	» 113
5)	§. 40.	Divieto dell'Anatocismo.	» 117

CAPITOLO IV.

DEI FATTI GIURIDICI.

§. 41.	Concetto generale.	» 118
--------	--------------------	-------

SEZIONE I.

Delle azioni in generale.

† I.	§. 42.	Della idoneità della volontà.	» 119
† II.		Influenza della violenza, dell' errore e della frode.	»
† A.	§. 43.	Della violenza.	» 120
† B.	§. 44.	Dell' errore.	» 121
† C.	§. 45.	Della frode.	» 130
† III.	§. 46.	Della dichiarazione della volontà.	» 131
† IV.	§. 47.	Del consenso del terzo.	» 132
† V.	§. 48.	Della <i>ratihabitio</i> .	» 133

SEZIONE II.

Dei negozii civili.

I.	§. 49.	Concetto e specie dei negozii civili.	» 134
II.	§. 50.	Parti essenziali.	» 135
III.		Parti occidentali de' negozii civili.	
† A.		Delle condizioni.	
† 1)	§. 51.	Concetto e specie delle condizioni.	» 136
† 2)	§. 52.	Dell' adempimento e degli effetti delle condizioni.	» 141
† B.	§. 53.	Della determinazione del tempo.	» 148
† C.	§. 54.	Del modo.	» 150
† IV.	§. 55.	Nullità de' negozii civili.	» 152
V.	§. 56.	Della interpretazione de' negozii civili.	» 154

SEZIONE III.

Fatti illeciti.

I.	§. 57.	Idea dei fatti illeciti.	» 153
II.	§. 58.	Della colpa.	» 156
A.	§. 59.	Gradi della colpa.	» 157
B.	§. 60.	Regole in rapporto alla prestazione della colpa.	» 160

CAPITOLO V.

DEI DIRITTI.

I.	§. 61.	Concetto e divisione de' diritti.	» 161
II.		Dell' origine della estinzione de' diritti.	
A.		Dell' acquisto.	

Diritto romano.

1)	§. 62.	Dell' acquisto in generale.	» 162
2)	§. 63.	Dell' acquisto per sucessione.	» 163
a)	§. 64.	Della donazione.	» 164
b)	§. 65.	Requisiti ed effetti della donazione.	» 168
c)	§. 66.	Della revocazione della donazione.	» 172
d)	§. 67.	Di alcune specie di donazioni.	» 173
B.		Della estinzione de' diritti.	
1)	§. 68.	Della estinzione in generale.	» 176
2)	§. 69.	Della rinuncia.	» 178
C.		Del tempo considerato rispetto alla origine ed estinzione de' diritti.	
1)	§. 70.	Divisione del tempo e sua computazione	» 179
2)	§. 71.	Del tempo continuo ed utile.	» 183
3)	§. 72.	Del giorno intercalare.	» 190
4)	§. 73.	Del tempo immemorabile.	» 193
5)	§. 74.	Della efficacia del tempo sulle relazioni giuridiche in generale	» 196
III.	§. 75.	Della contrapposizione de' diritti.	» 197
		Appendice V.	» 199

CAPITOLO VI.

DEI MEZZI PER TUTELARE I PROPRII DIRITTI.

§. 76.	Dei mezzi in generale.	» 200
--------	--------------------------------	-------

SEZIONE I.

Dei mezzi privati.

I.	§. 77.	Dei mezzi privati e delle pene private.	» ivi
II.	§. 78.	Diritto di ritenzione.	» 202

SEZIONE II.

Delle azioni.

I.	§. 79.	Concetto generale.	» 204
II.		Specie delle azioni.	
1)	§. 80.	Delle azioni reali personali e pregiudiziali.	» 203
2)	§. 81.	<i>Actiones directae et utiles, vulgares et in factum, in ius et in factum conceptae.</i>	» 210
3)	§. 82.	<i>Actiones bonae fidei, stricti iuris, condictiones.</i>	» 212
4)	§. 83.	<i>Actiones arbitrariae.</i>	» 220
5)	§. 84.	Degli interdetti.	» 221
6)	§. 85.	<i>Actiones rei persecutoriae, poenales, mixtae.</i>	» 224
III.		Estinzione dell' azione.	
1)	§. 86.	Estinzione per morte delle parti.	» 225
2)	§. 87.	Estinzione dell' azione per prescrizione.	» 229
IV.	§. 88.	Del concorso delle azioni.	» 238

SEZIONE III.

Delle eccezioni.

I.	§. 89.	Concetto delle eccezioni.	» 239
II.	§. 90.	Specie delle eccezioni.	» 240
III.	§. 91.	Replicazione e duplicazione.	» 242

SEZIONE IV.

Atti del processo.

I.	§. 92.	<i>Litis contestatio.</i>	» 243
II.	§. 93.	Delle prove.	» 248
A.		Mezzi di prova in particolare.	
1)	§. 94.	Della confessione e degli atti.	» 249
2)	§. 95.	Del giuramento.	» 252
II.	§. 96.	Della sentenza.	» 255

SEZIONE V.

Della in integrum restitutio.

I.	§. 97.	Concetto della restituzione.	» 266
II.	§. 98.	Requisiti per la restituzione.	» 267
1)	§. 99.	Della età.	» 268
2)	§. 100.	Dell'assenza.	» 270
3)	§. 101.	Della violenza del dolo e dell'errore.	» 272
III.	§. 102.	Altri requisiti per la restituzione in intero.	» 275
IV.	§. 103.	Conseguenze della restituzione.	» 280
I.		Appendice VI.	» 281
II.		Prescrizione dell'azione.	» 294
III.		Eccezioni.	» 295

PARTE II.

LIBRO II.

DIRITTI DI FAMIGLIA.

CAPITOLO I.

DEL MATRIMONIO.

I.	§. 104.	Del matrimonio in generale.	pag. 299
II.	§. 105.	Degli sponsali.	» 301
III.	§. 106.	Degl'impedimenti matrimoniali.	» 302
IV.	§. 107.	Delle conseguenze del matrimonio in riguardo alle persone.	» 304
V.		Degli effetti del matrimonio sui beni.	
A.		Della dote.	

1)	§. 108.	Concetto della dote.	»	305
2)	§. 109.	Diritti del marito sulla dote durante il matrimonio.	»	308
3)	§. 110.	Dei diritti della donna su la dote.	»	312
4)	§. 111.	Della dote dopo lo scioglimento del matrimonio.	»	314
B.	§. 112.	Della donazione per nozze.	»	322
C.	§. 113.	Delle donazioni tra coniugi.	»	326
D.	§. 114.	Delle cose involate tra coniugi.	»	328
E.	§. 115.	Delle pene private a cagione delle seconde nozze.	»	330
VI.	§. 116.	Dello scioglimento del matrimonio.	»	331
		Appendice VII.	»	ivi

CAPITOLO II.

DELLA PATRIA POTESTÀ.

I.	§. 117.	Carattere generale della patria potestà.	»	333
II.	§. 118.	Relazioni tra padre e figli riguardo al patrimonio.	»	334
A.		Dei peculii.		
1)	§. 119.	Del peculio profetizio.	»	336
2)	§. 120.	Del peculio castrense e quasi castrense.	»	337
3)	§. 121.	Del peculio avventizio regolare ed irregolare.	»	339
B.	§. 122.	Delle relazioni del padre e del figlio riguardo ai terzi.	»	343
1)	§. 123.	Dell'azione <i>quod iussu</i> .	»	344
2)	§. 124.	Dell'azione <i>de peculio e tributaria</i> .	»	346
3)	§. 125.	Dell'azione <i>de in rem verso</i> .	»	348
4)	§. 126.	Del Senatoconsulto Macedoniano.	»	349
III.	§. 127.	Delle relazioni tra genitori e figli.	»	352
IV.		Origine della patria potestà.		
1)	§. 128.	Per nascita e adozione.	»	353
2)	§. 129.	Per arrogazione.	»	356
3)	§. 130.	Per legittimazione.	»	360
IV.		Fine della patria potestà.		
A.	§. 131.	Per emancipazione.	»	363
B.	§. 132.	Per altri motivi.	»	365

CAPITOLO III.

DELLA TUTELA.

I.	§. 133.	Concetto della tutela.	»	366
II.		Della tutela.		
A.		Conferimento di essa.		
1)	§. 134.	Della tutela testamentaria.	»	369
2)	§. 135.	Della tutela legittima.	»	372
3)	§. 136.	Della tutela dativa.	»	374
B.		Dell'accettazione della tutela.		
1)	§. 137.	Incapacità e scuse necessarie.	»	376
2)	§. 138.	Dell'obbligo di accettare la tutela e delle scuse volontarie.	»	379
C.		Dell'amministrazione della tutela.		
1)	§. 139.	Dell'amministrazione in generale.	»	383
2)		Dell'amministrazione in particolare.		

a)	§. 140. Dell' ufficio del tutore sulla persona del pupillo.	» 385
b)	§. 141. Della interposizione dell' autorità.	» 386
c)	§. 142. Dell' amministrazione de' beni.	» 391
D.	§. 143. Delle relazioni di più tutori tra di loro.	» 393
E.	§. 144. Delle azioni derivanti dalla tutela.	» 397
F.	§. 145. Termine della tutela.	» 401
G.	§. 146. Del protutore o falso tutore.	» 403
III.	Della curatela.	
A.	§. 147. Cura de' minori.	» 404
B.	§. 148. Della cura di altre persone.	» 406
	Appendice VIII.	» 408

LIBRO III.

DIRITTI REALI.

CAPITOLO I.

DEL POSSESSO.

I.	§. 149. Concetto e divisione del possesso.	» 413
II.	§. 150. Del subbietto ed obbietto del possesso.	» 418
III.	Dell' acquisto del possesso.	
A.	§. 151. Dell' acquisto per azione propria.	» 424
B.	§. 152. Dell' acquisto per procuratore.	» 429
IV.	Della perdita del possesso.	
A.	§. 153. In generale.	» 432
B.	§. 154. Della perdita per procuratore.	» 434
V.	§. 155. Del quasi possesso.	» 436

CAPITOLO II.

DELLA PROPRIETÀ.

I.	Carattere giuridico del diritto di proprietà.	
A.	§. 156. Concetto della proprietà e de' diritti in essa contenuti.	» 437
B.	§. 157. Limitazioni del diritto di proprietà.	» 438
a)	§. 158. Limitazioni rispetto alle alienazioni.	» 441
C.	§. 159. Diverse specie di proprietà.	» 444
II.	Dell' acquisto della proprietà.	
	§. 160. Dell' acquisto in generale.	» 446
A.	Acquisto originario.	
1)	§. 161. Della occupazione.	» 447
a)	§. 162. Del tesoro in particolare.	» 449
b)	§. 163. Della specificazione, confusione, e comistione.	»
2)	§. 164. Dell' acquisto della proprietà per accessione.	» 453
3)	§. 165. Dell' acquisto della proprietà sui frutti.	» 457
A.	Della usucapione ordinaria.	
1)	§. 166. Requisiti di essa.	» 461
a)	§. 167. Continuazione (possesso qualificato).	» 463

b)	§. 168. Continuazione (tempo per prescrivere).	n 473
2)	§. 169. Interruzione della usucapione.	n 478
B.	§. 170. Della usucapione straordinaria.	n 479
C.	Acquisto derivato.	
	§. 171. Della tradizione.	n 480
III.	Mezzi per la tutela della proprietà.	
— A.	§. 172. Della <i>rei vindictio</i>	n 484
— B.	§. 173. Della <i>Publiciana in rem actio</i>	n 491
— C.	§. 174. <i>Interdictum uti possidetis</i>	n 494
IV.	§. 175. Perdita della proprietà.	n 500
	Appendice IX.	n ivi

CAPITOLO III.

DELLA SERVITU'.

I.	§. 176. Carattere di essa.	n 507
II.	§. 177. Diverse specie di servitù.	n 510
A.	§. 178. Delle servitù reali.	n 514
1)	Delle servitù reali in particolare.	
a)	§. 179. <i>Servitutes praediorum rusticorum</i>	n 518
b)	§. 180. <i>Servitutes praediorum urbanorum</i>	n 522
2)	Delle servitù personali.	
a)	§. 181. Dell' usufrutto.	n 526
aa)	§. 182. Obblighi dell' usufruttuario e specialmente della canzone.	n 531
b)	§. 183. Del quasi usufrutto.	n 533
c)	§. 184. Dell' uso.	n 534
d)	§. 185. Dell' <i>habitatio e opera sercorum</i>	n 537
III.	Acquisto delle servitù.	
A.	§. 186. Per private disposizioni.	n 538
B.	§. 187. Acquisto delle servitù per usucapione.	n 543
d.	§. 188. Acquisto per sentenza giudiziale e per legge.	n 546
— IV.	Mezzi per tutelare le servitù.	
— A.	§. 189. Dell' azione confessoria e negatoria	n 547
— B.	§. 190. Interdetti possessorii.	n 550
C.	Della estinzione del diritto di servitù.	
A.	§. 191. Della estinzione delle servitù in generale.	n 554
B.	§. 192. Estinzione nel diritto di servitù per non uso.	n 556

CAPITOLO IV.

DELLA ENFITEUSI E SUPERFICIE.

I.	Della enfiteusi.	
A.	§. 193. Concetto della enfiteusi, diritti ed obblighi dell' enfiteuta.	n 558
B.	§. 194. Costituzione della enfiteusi.	n 560
C.	§. 195. Estinzione della enfiteusi.	n 563
II.	§. 196. Della superficie.	n 563

CAPITOLO V.

DIRITTO DI PEGNO.

I.	Carattere giuridico del diritto di pegno.	
1)	§. 197. Concetto e divisione del pegno.	» 365
2)	§. 198. Dell'obbietto del pegno.	» 470
II.	Acquisto del diritto di pegno.	
1)	§. 199. Dell'acquisto in generale, dell'acquisto per private disposizioni in particolare.	» 574
2)	§. 200. Del pegno testamentario e giudiziale.	» 577
3)	§. 201. Del pegno legale.	» 578
4)	§. 202. Della trasmissione dell'ipoteca.	» 584
III.	Delle relazioni giuridiche conseguenti al pegno.	
A.	Diritti del creditore pignoratorio.	
1)	§. 203. Del <i>ius distrahendi</i> .	» 582
2)	§. 204. Della <i>dominii impetratio</i> .	» 586
B.	§. 205. Diritti del debitore pignoratizio.	» 589
C.	Relazioni tra molti creditori.	
1)	§. 206. Delle relazioni dei diversi creditori in generale.	» 590
a)	§. 207. Dei pegni privilegiati.	» 594
b)	§. 208. Della priorità del pegno.	» 594
c)	§. 209. Relazione tra creditori di diverso grado	» 595
	Del mezzi per tutelare il pegno.	
V.	1) §. 210. Azione reale.	» 596
	2) §. 211. Dell' <i>interdictum Salvianum</i> .	» 599
	3) §. 212. Altre azioni che competono al creditore pignoratorio.	» iv
V.	§. 213. Dell'estinzione del diritto di pegno.	» 600
	Appendice X.	» 602







